

**BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ**

**DA INEXISTÊNCIA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO  
CRÍTICO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE SE OBTER UMA VERDADE NO  
PROCESSO PENAL ATRAVÉS DA ANÁLISE DA(S) PROVA(S)**

**CURITIBA**

**2007**

**BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ**

**DA INEXISTÊNCIA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO  
CRÍTICO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE SE OBTER UMA VERDADE NO  
PROCESSO PENAL ATRAVÉS DA ANÁLISE DA(S) PROVA(S)**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de bacharel  
em Direito. Curso de graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de  
Miranda Coutinho**

**CURITIBA**

**2007**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

DA INEXISTÊNCIA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE SE OBTER UMA VERDADE NO PROCESSO PENAL ATRAVÉS DA ANÁLISE DA(S) PROVA(S)

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Profª. Drª. Clara Maria Roman Borges  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Profª. Me. Érica de Oliveira Hartmann  
Doutoranda em Direito, UFPR

**Curitiba, 08 de novembro de 2007**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>iii</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
1.1. Uma primeira aproximação entre prova e linguagem .....	1
1.2. O mito da verdade real e a “verdade” a ser atingida no processo penal: uma análise de “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti .....	3
<b>2. DA PROVA .....</b>	<b>15</b>
2.1. Há um conceito unívoco de prova? .....	15
2.2. O(s) conceito(s) adotado(s) .....	17
2.3. Ludwig Wittgenstein: “O tamanho da minha prova é o tamanho da minha defesa” .....	22
2.4. Gadamer e a pré-compreensão em matéria probatória .....	27
2.5. Habermas e a atividade probatória enquanto agir comunicativo das partes.....	38
2.6. Dussel e o imputado enquanto sujeito concreto do processo .....	44
<b>3. A PROVA COMO LIMITADORA DA “VERDADE” CONSTRUÍDA POR MEIO DO PROCESSO: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS, INFRACONSTITUCIONAIS E DO MAGISTRADO .....</b>	<b>49</b>
3.1. Dos limites constitucionais e infraconstitucionais .....	51
3.1.1. Os limites advindos dos cânones constitucionais fundamentais .....	51
3.1.2. Os limites advindos de leis que sustentam um sistema processual penal inquisitório .....	57
3.1.3. Quais limites podem (e devem) ser adotados pelo direito processual penal? .....	60
3.2. Da condição do julgador .....	62
3.2.1. A (suposta) neutralidade do juiz .....	62
3.2.2. A apreensão e a interpretação da prova pelo juiz .....	66
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>75</b>
<b>5. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>77</b>

## RESUMO

O presente estudo visa a desconstrução da idéia de que através do processo penal se possa atingir qualquer verdade. Para tanto, utiliza-se como expediente o estudo do prova penal, tomada esta essencialmente como linguagem estabelecida entre as partes, analisando-se seus diversos limites que impedem a obtenção da verdade por meio do processo penal.

A análise da prova penal aqui proposta passa por uma interseção entre a dogmática processual penal e o estudo dos seguintes autores: Ludwig Wittgenstein (teoria dos significados); Hans-Georg Gadamer (pré-compreensão); Jürgen Habermas (agir comunicativo) e; Enrique Dussel (vida concreta).

Conclui-se que o juiz criminal julga, quando muito, pautado por um juízo de certeza, bem como que a atuação do magistrado deve ser no sentido de se afastar da gestão da prova, bem como que este deve garantir às partes a maior amplitude de defesa possível, permitindo a introdução de quaisquer provas legalmente aceitas no processo e garantindo, também, todas as possibilidades de fala às partes, para que estas possam efetivamente participar do processo (procedimento em contraditório).

Palavras-chave: Direito processual penal; prova penal; verdade; certeza.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO ENTRE PROVA E LINGUAGEM

O tema escolhido para o desenvolvimento do presente trabalho trata da aproximação entre o instituto da prova com a linguagem e, através desta imbricação, demonstrar-se a impossibilidade de obtenção da verdade por meio do processo penal. Busca-se quebrar tal paradigma através da análise do instituto da prova penal enquanto linguagem e de três limites nele existentes: os limites impostos pela Constituição, por regras infraconstitucionais e relacionados ao próprio julgador (sua condição humana ao apreciar a prova)<sup>1</sup> e como, de certa maneira, essas limitações atuam no sentido de impossibilitar a obtenção de qualquer verdade por meio do processo penal.

Deve-se ressaltar que a “verdade” com a qual nos deparamos no processo penal é uma “verdade” que encontra diversos outros óbices além daqueles encontrados na apreciação do conjunto probatório trazido em juízo como, por exemplo, os limites encontrados na estrutura do sistema da *persecutio criminis*<sup>2</sup>, mormente no que diz respeito à sua primeira fase (fase administrativa).

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que estes não são os limites únicos relacionados à prova, que impedem a obtenção da verdade real. Exemplo diverso do que aqui será exposto é trazido por Perfecto Andrés IBÁÑEZ: “Uma das limitações que concorrem para caracterizar o tipo de verdade fática que se persegue no processo, vem dada pela circunstância de que este só deve versar sobre fatos que sejam relevantes para o Direito. O que implica o estabelecimento de um prévio critério de seleção (...)” (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **A argumentação probatória e sua expressão na sentença**, In: Valoração da prova e sentença penal, Rio de Janeiro, 2006, p. 34-35).

<sup>2</sup> Nosso sistema adota como forma de investigação preliminar principal o inquérito policial, que é realizado exclusivamente pela polícia civil, nos termos da Constituição da República. A par de todas as críticas que devem ser tecidas com relação ao inquérito policial, o que se deve perceber é que a nossa polícia encontra diversas dificuldades de cunho financeiro, físico, material, etc, que impedem a realização de um inquérito policial satisfatório, e um conseqüente conjunto probatório incompleto. Não se deve esquecer que este conjunto probatório adjetiva-se como provisório (porque não sujeito ao contraditório ou, como preferem alguns, sujeito a um “contraditório postergado”, visto que exercido no seio do processo), portanto, incompleto por natureza.

Sustentam a idéia de um contraditório postergado, por exemplo, Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Scarance FERNANDES e Antonio Magalhães GOMES FILHO: “(...) existem provas – como o exame do corpo de delito e do local do crime – que têm natureza cautelar, e visam a assegurar seu resultado antes da instauração do processo penal, exigindo-se sua antecipação *ad rei perpetuam memoriam*. **Para essas cautelas, o contraditório fica diferido para momentos sucessivos.**” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, São Paulo, 2004, p. 144-145) – sem grifos no original. No mesmo diapasão, veja-se pensamento de Antonio

Propõe-se a análise da impossibilidade de se encontrar e produzir qualquer verdade no processo penal e de como a prova (tomada na acepção da linguagem), enquanto “mensagem descritiva, ou seja, com a finalidade precípua de informar”<sup>3</sup>, impossibilita uma plena reconstrução dos fatos pretéritos debatidos em juízo.

---

Scarance FERNANDES: “Entre nós, as medidas cautelares em geral e também as perícias são, em regra, determinadas durante a investigação sem a audiência do suspeito ou indiciado e sem participação de advogado. A observância do contraditório é feita depois, dando-se oportunidade ao acusado de, no processo, contestar a providência cautelar ou de combater a prova pericial realizada no inquérito. **Fala-se em contraditório diferido ou postergado.**” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, São Paulo, 2005, p. 68) – sem grifos no original.

Cabe ressaltar, por fim, a distinção entre atos de prova e atos de investigação (ou instrução preliminar) definida por Aury LOPES JUNIOR: Aqueles apresentam cinco elementos: i) são dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; ii) estão a serviço do processo e o integram; iii) dirigem-se a formar um juízo de certeza; iv) servem à sentença; v) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação e; vi) são praticados ante o juiz que julgará o processo. Já os atos de investigação possuem as seguintes características: i) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; ii) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; iii) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; iv) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; v) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; vi) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento); vii) servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares, pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional e; viii) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Após esta distinção, o autor atesta que estes últimos atos, que existem na seara do inquérito policial, não servem como base para sentenças condenatórias: “é inviável pretender transferir para o inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, da mesma forma que não se pode tolerar uma condenação baseada em um procedimento sem as mínimas garantias”, como é o inquérito policial.

Através desta conclusão, busca distinguir as provas produzidas no inquérito policial em repetíveis ou renováveis e não repetíveis ou não renováveis, sendo que as primeiras “enquanto inquisitoriais, têm valor meramente informativo, (...) não podendo servir de base ou sequer apoiar subsidiariamente o veredicto condenatório, mas nada impede que sirvam de alicerce ao veredicto absolutório”, enquanto que as segundas “têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual.”

Por fim, conclui que “pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas [não repetíveis] deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato). Neste sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios; bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria.” Esse procedimento consistiria no que o autor chama de **incidente de produção antecipada de provas**, que consistiria numa “forma de jurisdicionar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa.” Alerta ainda que “o incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inevitável a posterior repetição na fase processual da prova.” (LOPES JUNIOR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**, Rio de Janeiro, 2006, p. 227-234).

<sup>3</sup> DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

Assim, o objetivo do presente estudo é estabelecer, de forma simples e sucinta, um diálogo entre a impossibilidade de se atingir a verdade no processo penal e de como a prova, tomada essencialmente como linguagem, “contribui” de três maneiras não estanques (condição humana do juiz em relação à apreciação e interpretação da prova, limites constitucionais e infraconstitucionais impostos à atividade probatória) para essa impossibilidade.

## 1.2. O MITO DA VERDADE REAL E A “VERDADE” A SER ATINGIDA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DE “VERDADE, DÚVIDA E CERTEZA”, DE FRANCESCO CARNELUTTI

A análise do texto “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco CARNELUTTI, é imperiosa para o desenvolvimento do presente trabalho. Contudo, deve-se analisar inicialmente os conceitos de “verdade”, “certeza”, “probabilidade” e “credibilidade” formulados por Nicola Framarino Dei MALATESTA, bem como os conceitos de “verdade”, “certeza” e “convicção”, trabalhados por Karl Joseph Anton MITTERMAYER. Ambos os autores são de importante relevância no presente trabalho, porque precursores no estudo da prova em matéria processual penal.

MALATESTA, em seu livro intitulado “La logica delle prove in materie criminale”, tece uma imbricação entre as expressões “verdade”, “certeza”, “probabilidade” e “credibilidade”, no seguinte sentido:

“Relativamente ao conhecimento de um dado fato, o espírito humano pode encontrar-se no estado de ignorância, de dúvida ou de certeza. A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos: ora, pode haver prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos, e há o improvável; pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e negativos, e há o crível no sentido específico; pode haver, finalmente, prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos, e se tem o provável.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **La logica delle prove in materie criminale**. v. I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1895, p. 3. [Tradução literal de: “Relativamente alla cognizione d’un dato fatto, lo spirito umano può trovarsi nello stato d’ignoranza, di dubbio, o di certezza. Il dubbio è uno stato



O autor italiano entende que o processo de conhecimento (apreensão) de um objeto pelo espírito humano passa por diversos níveis, iniciando-se pela ignorância e atingindo o ápice no nível da certeza, que se diferencia da “verdade objetiva” por se tratar de um “estado subjetivo do espírito”:

“O espírito humano chega ao conhecimento de um objeto por um caminho ascendente, iniciando do estado negativo de ignorância, e subindo gradualmente para os mais perfeitos estados do crível, do provável e do certo. (...) A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, o qual pode não corresponder à verdade objetiva.”<sup>5</sup>

Assim, “para MALATESTA, a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade”<sup>6</sup>, significando, portanto, adequação. “O que ele explicita é que a verdade tem caráter objetivo, em contraposição à certeza que é subjetiva”<sup>7</sup>, ou seja, “a certeza, embora não se confunda com a verdade, deriva dela, e daí, ele deduz categorias de certeza que têm por base a verdade da qual advém”.<sup>8</sup> “A função da certeza e, conseqüentemente, da verdade (da qual deriva), passa a ser então instrumental (...), tendente à convicção do juiz. Dessa forma, o resultado desejado em MALATESTA é a convicção.”<sup>9 10</sup>

---

complesso. V'è dubbio in genere semprechè un'asserzione si presenta con motivi affermativi e motivi negativi: ora, può aversi prevalenza dei motivi negativi sugli affermativi, e si há l'improbabile; può aversi egualianza tra i motivi affermativi e i negativi, e si há il credibile in senso specifico; può aversi, in fine, prevalenza dei motivi affermativi sui negativi, e si ha il probabile.”].

<sup>5</sup> MALATESTA, N. F. D. **La logica ... Op. cit.**, p. 4. [Tradução literal de: “Lo spirito umano giunge alla cognizione d'un oggetto per cammino ascendente, cominciando dallo stato negativo dell'ignoranza, e salendo su sus agli stati, gradualmente più prefetti, del credibile, del probabile e del certo. (...) La verità, in genere, è la conformità della nozione ideologica alla realtà; la creduta percezione di questa conformità è certezza. La certezza è, quindi, uno stato subbiettivo dell'anima, il quale può non corrispondere allá verità obbietiva.”].

<sup>6</sup> DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial (uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova)**. Curitiba, 1993, 452 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 59.

<sup>7</sup> Idem, ibidem.

<sup>8</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 60.

<sup>9</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 60-61.

<sup>10</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 61: “No entanto, quando ele diz (...) que a verdade é objetiva e a certeza subjetiva, mas que esta deriva daquela, perfaz-se aí uma contradição. Se a certeza advém da verdade, como elas poderiam manter uma relação de derivação e ter naturezas diferentes? Para justificar este

Já MITTERMAYER correlaciona em seu “Tratado da prova em matéria criminal” as expressões “verdade”, “convicção” e “certeza”, estabelecendo o presente vínculo:

“Verdade é a concordancia entre um facto real e a idéa d'elle representada em nosso espirito. (...) a verdade apparece, quando a convicção adquirida se acha em correlação perfeita com o seu objecto .<sup>11 12 13</sup> Acreditamos possuir a verdade no momento em que as nossas idéas sobre o objecto das nossas investigações nos parecem estar em perfeita concordancia com elle.”<sup>14</sup>

A partir dos enunciados acima, o autor indaga qual verdade cabe ao julgador, se objetiva, “no sentido de ser completamente independente do sujeito que a julga”<sup>15</sup> ou subjetiva, “no sentido de depender a sua noção de aptidões especiaes do indivíduo que tem de ser convencido”<sup>16</sup>.

Através deste questionamento inicial, conclui que a verdade assume uma ótica tanto objetiva, segundo a qual “a verdade está subordinada a certas regras decisivas; (...) deve seguir certos e determinados caminhos”<sup>17</sup>, como subjetiva,

---

posicionamento, MALATESTA diz que a certeza está calcada em critérios objetivos, e termina por afirmar seu caráter objetivo (...). Portanto, a certeza em MALATESTA não é subjetiva, mas sim objetiva, pois deriva de uma verdade objetiva.”

<sup>11</sup> MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Traduzido por Alberto Antonio Soares. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909, p. 79.

<sup>12</sup> A tradução utilizada da obra de MITTERMAYER é datada de 1909 e foi mantida *ipsis litteris*, permanecendo a escrita da época.

<sup>13</sup> MITTERMAYER, na obra citada, faz uma divisão entre verdade lógica (atingida pelo simples raciocínio), histórica (realidade de certos acontecimentos e de certos atos praticados no tempo e no espaço), absoluta ou propriamente dita, transcendental (do domínio da filosofia), material, empírica (aplicável às coisas do mundo sensível) e matemática. Entretanto, não nos cabe esmiuçar cada uma dessas divisões visto que tal tema divergiria do objetivo específico do presente trabalho. O que se deve mencionar, contudo, é a clara aproximação do conceito de verdade formulado pelo autor com a noção grega (mais precisamente Aristotélica) de verdade como *adequatio rei intellectus*, ou seja, de verdade como estrita adequação do objeto ao intelecto humano (LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**, Florianópolis, 2006, p. 38): “A verdade é entendida como adequação do intelecto e da realidade: *adequatio intellectus et rei*. Daí seu caráter de objetividade, tendo como fundamento o próprio objeto. As idéias como formas essenciais das coisas encontram-se incluídas nestas, ou seja, Aristóteles busca a razão da necessariedade e da universalidade das coisas dentro delas mesmas, configurando-se um conhecimento das essências e das coisas pelas coisas.”

<sup>14</sup> MITTERMAYER, K. J. A. **Tratado ... Op. cit.**, p. 80.

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>16</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>17</sup> MITTERMAYER, K. J. A. Idem, p. 83.

visto que “antes de decidir dos factos, cada um dos juizes soffre a influencia do seu character individual”<sup>18 19</sup>:

O doutrinador alemão reportava-se à verdade histórica como sendo a verdade processual, a qual era contingente e atrelada a certas circunstâncias, a certos acontecimentos passados no tempo e no espaço [viés objetivo] e também ao sujeito que a analisava (juiz), daí porque de seu caráter subjetivo.”<sup>20</sup>

Cabe ressaltar ainda que MITTERMAYER estabelece, assim como o faz também MALATESTA, uma gradação, afirmando que o julgamento de um caso penal deve ser realizado com base em um juízo de certeza<sup>21</sup>, passando preliminarmente pela idéia de convicção:

“O estado de espirito, que considera os factos como verdadeiros, apoiando-se em motivos plenamente solidos, é a convicção propriamente dita (...) até o momento em que se firma a convicção em que a decisão se profere, trava-se em nosso espirito uma especie de combate entre os motivos pró e contra”<sup>22</sup>. “Quando a convicção chega ao ponto de repellar victoriosamente todos os motivos contrarios, e quando estes não podem mais abalar a massa importante dos motivos affirmados, então toma o nome de certeza. Só a certeza nos parece bastante poderosa para servir de regra aos nossos actos, e a razão approva

---

<sup>18</sup> Idem, ibidem.

<sup>19</sup> Ao tratar da verdade subjetiva, MITTERMAYER entende que esta sempre está presente nos julgamentos e na análise da prova: “indubitavelmente há certos processos efficazes, que permitem ao homem attingir o fim; concedemos que algumas vezes (...) as provas são tão fortes, e de tal natureza, que todos os juizes por ellas se convencem inteiramente. Todavia, mesmo n’este caso, a individualidade de cada um se faz sentir, quando se profere a sentença.” (MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**, Rio de Janeiro, 1909, p. 82).

<sup>20</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p.53.

<sup>21</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 53-54: “A convicção para o doutrinador está na base da certeza. É um juízo preliminar, eletivo dos fatos apresentados, pois, o juiz ao tomar os fatos por verdadeiros (está convicto segundo MITTERMAYER), ainda tem de enfrentar um combate entre os motivos prós e contra. (...) A certeza, por seu turno, é o caminho para attingir a verdade histórica. Portanto, a verdade histórica (contingente) é a meta que se atinge através da convicção (escolha dos argumentos) que leva à certeza (definição da decisão). Dessa forma, estar certo é deter a verdade (histórica e processual). Daí dizer-se que em MITTERMAYER a verdade se resume na certeza que advém do sujeito (processo de escolha e decisão individuais). Ele fecha então seu raciocínio e legitima seu posicionamento inicial de que a verdade é subjetiva. Portanto, certeza é o caminho para a verdade, mas, em última análise, a certeza é a verdade, o resultado desejado é a verdade.”

<sup>22</sup> MITTERMAYER, K. J. A. **Tratado ... Op. cit.**, p. 84.

esta conclusão, pois que o homem, nos seus esforços para atingir a verdade historica, não póde esperar ir mais longe do que ella.”<sup>23</sup>

Para que se concretize o juízo de certeza, MITTERMAYER estabelece cinco requisitos<sup>24</sup> sem os quais não há certeza:

“1º - Exige um complexo de motivos, sancionados pela razão e pela experiência, para servir de base á convicção; 2º - Exige que seja precedida por um esforço sério e imparcial, que tenha estudado a fundo, e desviado os meios que tendessem a fazer admitir a solução contrária. Quem deseja adquirir a certeza, não cerra porta á dúvida: pelo contrário, detem-se no exame de todos os indícios que a ella poderiam conduzir-o (sic); e só quando tem conseguido faze-la desaparecer completamente é que a sua decisão se firma, e este apoia-se na base indestrutivel dos motivos da convicção affirmativa (...); 3º - A certeza não póde existir antes de indícios terem sido repellidos todos os motivos constantes dos autos, que tendessem a fazer considerar a accusação como baseando-se em uma impossibilidade, ou a estabelecer um resultado positivamente contrario ao fornecido pelos outros motivos; 4º - O espírito quer ver repellidos, antes que a certeza predomine, mesmo os motivos que não tenham por base senão uma possibilidade em sentido contrario (...). Enquanto resta alguma sombra de duvida, não haverá certeza possivel para o julgador consciencioso; 5º - O espírito não poderá além d’isso deixar passar em silencio as circunstancias simplesmente imaginaveis, ainda que pouco usuaes, desde que na causa existem indícios, por mais leves que sejam, e que estabelecem uma probabilidade, ainda a mais remota.”<sup>25</sup>

Por fim, MITTERMAYER diferencia “probabilidade” de “certeza”:

“Ha probabilidade quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um facto como verdadeiro, mas comtanto que não sejam completamente aniquilados os motivos graves em contrario. Resulta ella, ou da circunstancia de não se apresentarem na especie com todas as condições requeridas as provas, que deveriam estabelecer a verdade, ou da circunstancia de, em face dos motivos por ella fornecidos, existirem outros tambem procedentes em sentido contrario ou do facto de basear-se a convicção em dados que, não obstante a sua reunião, não são ainda bastante poderosos para produzirem a certeza. (...)

---

<sup>23</sup> Idem, ibidem.

<sup>24</sup> “A certeza, para existir, exige o preenchimento de certas condições essenciaes” (MITTERMAYER, K. J. A. *Tratado ... Op. cit.*, p. 85).

<sup>25</sup> MITTERMAYER, K. J. A. *Tratado ... Op. cit.*, p. 86.

a probabilidade não pode ser tomada por base de uma condenação, pois que fica sempre margem a duvida, e a consciencia não poderia ficar satisfeita, enquanto não fosse repellida a possibilidade do contrario.”<sup>26</sup>

A partir das premissas estabelecidas por MALATESTA e MITTERMYER, cabe agora analisar o trabalho de Francesco CARNELUTTI intitulado “Verdade, dúvida e certeza”, relacionando-o com os dois autores acima mencionados.

A primeira e principal noção a ser extraída do ensaio de CARNELUTTI versa acerca da verdade como um todo existente, mas impossível para homem, que só consegue apreender parte dessa verdade:

“(…) a coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava FRANCESCO, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar a verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me também, a um homem. Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: ‘Eu sou a Verdade’”<sup>27</sup>

No processo penal, este axioma de que há uma verdade toda, porém inapreensível pelo homem, é de extrema importância, pois é com ele e através

---

<sup>26</sup> MITTERMAYER, K. J. A. Idem, p. 87-88.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, n. 9, julho-setembro de 1998, p. 606-609, 1998, p. 606-607. [Tradução de Eduardo Cambi de: “(…) la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perchè non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per affarrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel *tutto*, non nella *parte*; e il tutto è troppo per noi. Più tardi questo mi è servito a comprendere, o almeno a cercar di comprendere, perchè Cristo abbia detto: ‘Io sono la verità’.”].

dele que o juiz deve se pautar na apreensão do fato trazido em juízo e na análise da prova penal:

“O *fato*, neste diapasão, é *acontecimento histórico*, dado à luz por adequação ou inadequação ao jurídico. Como tal, traduz-se em uma *verdade* também *histórica* e, assim, *recognoscível*. O meio, sabe-se bem, de fazer – ou de se tentar fazer – com que aporte no processo é a *prova*. Eis por que se diz que a prova é o meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese, saberem todos, não ser só ela a verdadeira formadora do juízo.”<sup>28</sup>

O passo seguinte no texto do autor italiano trata da verdade formal e material. Ao tratar do texto de CARNELUTTI, mormente no que tange à dicotomia relativa à verdade material ou formal no processo penal, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO estabelece, através de sua crítica, uma premissa basilar para o presente estudo:

“A afirmação de CARNELUTTI, algo como: *busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal* (...) acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira ‘*jamais pode ser alcançada pelo homem*’. A verdade, se assim o é, há de ser, ou melhor, é uma só; e aquela dita *formal*, por evidente, em sendo uma (sic) mero reflexo no espelho, ‘*não é a verdade*’. O processo, porém, continua tendo conteúdo, mas é de outra coisa que se trata. (...) CARNELUTTI funda as bases para que se sustente que os julgamentos são lançados sobre aquilo que, *a priori*, sabe-se não ser verdadeiro.”<sup>29</sup>

Com a superação da discussão da verdade a ser obtida no processo penal, se formal ou material, “CARNELUTTI propõe que no processo passa-se a *buscar e investigar a certeza*”<sup>30 31</sup>, asseverando que esse conceito “implica em uma

---

<sup>28</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**. In.: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/TEC, a. 4, nº 14, p. 77-94, 2004, p. 80.

<sup>29</sup> COUTINHO, J. N. M. Idem, p. 81.

<sup>30</sup> COUTINHO, J. N. M. Idem, p. 84.

<sup>31</sup> A busca da certeza no processo penal, em detrimento de qualquer das verdades, também é a conclusão a que chega Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “é preciso admitir que no processo penal

escolha”<sup>32</sup>, ou seja, contém um elemento subjetivo, como também fizeram inicialmente MALATESTA (crença na conformidade da noção ideológica com a realidade, na apreensão do objeto) e MITTERMAYER (convicção plena). Porém, mais esta questão é superada pelo primeiro em relação aos segundos no momento em que essa “escolha” passa a não ser mais tão simples, porque envolve a “assunção de uma postura ideológica”<sup>33</sup> pelo julgador.

Assim, a certeza, no sentido adotado por CARNELUTTI, não se contrapõe à dúvida simplesmente. E neste sentido, a grande questão que se coloca é a de que o juiz deve julgar com um juízo de certeza<sup>34</sup>, o que implica julgar com base em escolhas e assunções ideológicas, porém sempre com um resquício de dúvida, impossível de ser eliminada:

“Assim o juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valorado, continua a encontrar-se, em realidade, defronte àquela dúvida que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente estas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento.”<sup>35</sup>

Aqui CARNELUTTI também supera as idéias de MALATESTA e de MITTERMAYER, visto que estes admitem a possibilidade de o julgador, dentro de sua subjetividade, apreender o objeto de forma plena, enquanto que CARNELUTTI entende que o julgador sempre estará em estado de dúvida ao

---

jamaiz se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do processo penal brasileiro**, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, a. 30, n. 30, Curitiba, 1998, p. 195).

<sup>32</sup> COUTINHO, J. N. M. **Glosas ... Op. cit.**, p. 84.

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>34</sup> Também aqui Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO percebe que “Carnelutti funda as bases para que se sustente que os julgamentos são lançados sobre aquilo que, a priori, sabe-se não ser verdadeiro.” (COUTINHO, J. N. M. **Introdução ... Op. cit.**, p. 190).

<sup>35</sup> CARNELUTTI, F. **Verdade... Op. cit.**, p. 607-608. [Tradução de Eduardo Cambi de: “Così il giudice, dopo avere esaminato le prove, dopo avere ascoltato le ragioni, dopo averle valutate, continua a trovarsi, in realtà, di fronte a quel dubbio, che il suo pensiero non riesce, a nessun costo, ad eliminare. Ci saranno dei dubbi macroscopici e dei dubbi microscopici; ma bastano anche questi ultimi a costituire la sua difficoltà e il suo tormento.”].

sentenciar<sup>36</sup> (é exatamente por isso que, “em muitos casos, a lei libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar”<sup>37</sup>).

Esta concepção Carneluttiana encontra aporte em Heidegger, visto que “a leitura de Ser e Tempo de Heidegger fez compreender o conceito de parte e, como para conhecer o todo é necessário conhecer a parte e o restante, sendo tal pretensão impossível ao homem, mas somente possível, diz **Carnelutti**, para Deus, sem mais possibilidade da verdade, operou a substituição pela certeza.”<sup>38</sup>

Tomando como antítese a adoção da certeza ao revés da verdade, a próxima posição assumida por CARNELUTTI em seu ensaio versa acerca da adoção dessa certeza como ação, e não como pensamento, visto que “aí é o lugar do logro, da representação, do imaginário”<sup>39</sup>.

“a certeza pertence ao reino da ação, não ao do pensamento, que é como dizer, ao reino da liberdade.”<sup>40</sup>

Mais uma vez, supera-se a construção teórica de MALATESTA e de MITTERMEYER: ambos admitem a certeza como um estado subjetivo de espírito, obtida por meio de uma “gradação intelectual”. Para o primeiro, a certeza é um processo gradativo, que se inicia na plena ignorância, enquanto que para o segundo, a certeza é obtida quando a convicção sobre algo é plena. CARNELLUTTI repele essas idéias, visto que dissocia a certeza do campo do pensamento.

A questão que resta é a seguinte: como julgar, porém, apenas com um juízo de certeza, ou seja, como realizar escolhas sem a possibilidade de eliminar a

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, fala na hipótese de o juiz “decidir em dúvida” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**, In: Revista de Estudos Criminais, a. 4, n. 14, Porto Alegre, 2004, p. 85). No mesmo diapasão, CARNELLUTTI fala que “ainda que os homens não possam julgar, devem condenar; e este é o momento crítico do drama do processo” (CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**, In: GENESIS – Revista de direito processual civil, n. 9, Curitiba, 1998, p.607).

<sup>37</sup> CARNELLUTTI, F. **Verdade ... Op. cit.**, p. 608. [Tradução de Eduardo Cambi de: “in molti casi la legge lo liberi dal peso della scelta, scegliendo in luogo di lui.”].

<sup>38</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 188.

<sup>39</sup> COUTINHO, J. N. M. **Glosas ... Op. cit.**, p. 89.

<sup>40</sup> CARNELLUTTI, F. **Verdade ... Op. cit.**, p. 608. [Tradução de Eduardo Cambi de: “la certezza appartiene al regno della azione, non a quello del pensiero, che è come dire al regno della libertà.”].



dúvida? Assumindo a deficiência do saber, CARNELUTTI admite a possibilidade da tomada de posições pelo juiz (a exemplo da absolvição e condenação) com base na crença:

“Mas se o pensamento não é suficiente para eliminar toda a dúvida e, por isso, para permitir a escolha, como faz o juiz para escolher? Quando se disse que a certeza pertence ao campo da liberdade, não àquele do pensamento, o problema continua ainda aberto. Para obter a solução disso, é necessário novamente meditar em torno da relação entre *crer* e *saber*, ou, se preferíssemos, em outros termos, entre ciência e fé. A afirmação de que a certeza se consegue não tanto através da ciência, quanto através da fé, tem o sabor e, diríamos também, o valor do paradoxo – mas os paradoxos não são outra coisa senão as luzes ofuscantes da verdade. Crer é um verbo singular, o qual, às vezes, significa menos, às vezes, significa mais do que saber.(...) Se não existisse senão o pensamento, nem o juiz poderia absolver ou condenar, nem, em geral, o homem poderia agir. Então, volta à cena o *crer*; mas com um significado diferente, isto é, de qualquer coisa que integra a deficiência do saber.(...) A verdade é que o ciclo da ação se inicia e se fecha com a fé.”

41

Percebe-se assim que “na impossibilidade de se dar conta do *todo* – e para suprir-se aquilo que nele denuncia um *furo* –, nosso autor lança mão da *crença*: é por ela que ele quer salvar a *verdade*.”<sup>42</sup>

Conclui-se, por todo o visto, que CARNELUTTI demonstra claramente a pequenez do homem frente às infinitas possibilidades trazidas pelo conhecimento, paradoxalmente à impossibilidade de apreensão plena do conhecimento pelo homem<sup>43</sup>. É por essa razão, bem como por diversos outros fatores, a citar por

---

<sup>41</sup> CARNELUTTI, F. **Verdade ... Op. cit.**, p. 608-609. [Tradução de Eduardo Cambi de: “Ma se il pensiero non è sufficiente a eliminare ogni dubbio e perciò a consentire la scelta, come fa il giudice a scegliere? Quando si è detto che la certezza appartiene al campo della libertà, non a quello del pensiero, il problema rimane ancora aperto. Per ottenere la soluzione occorre ancora meditare intorno al rapporto tra *credere* e *sapere*, o, se vogliamo, in altri termini, tra scienza e fede. L’affermazione che la certezza si consegue non tanto attraverso la scienza quanto attraverso la fede, ha il sapore e, diciamo pure, il valore del paradosso; ma i paradossi non sono altro che bagliori accecanti della verità. Credere è un verbo singolare, il quale talvolta significa meno, talaltra significa più di sapere. (...) Il vero è che il ciclo dell’azione si inizia a si chiude com la fede.”].

<sup>42</sup> COUTINHO, J. N. M. **Glosas ... Op. cit.**, p. 91.

<sup>43</sup> José Osterno Campos de ARAÚJO nos traz lição similar à trazida por CARNELUTTI: “Estatuído, então, o fato de afigurar-se impossível à razão humana atingir a verdade – assim, dessa forma, precedida, enfaticamente, do artigo definido “a” -, ou, ainda, a toda a verdade, resta, para o processo, uma verdade “humanizada” ou humanizada, dado que apreciável e determinável, no bojo processual, por seres humanos: advogados, promotores e juizes de instancias individual e coletiva etc., os quais se apresentam, por sua

exemplo a complexidade e contingência da sociedade na qual vivemos, que o operador do direito tem o dever de agir pautado pela ética, conhecendo seus limites e tomando o lugar do outro nas suas decisões, ou como alerta Aury LOPES JUNIOR, ao tratar da função do juiz no processo penal, “devemos assumir as subjetividades e a existência de espaços impróprios que permitem excessiva discricionariedade”<sup>44</sup>.

Para o juiz, principalmente que atua na área penal, estas noções são ainda mais importantes. Tomando-se por base o lugar de poder que ocupam, devem realizar as suas funções (precipuamente no que tange à prova, porque instrumento da formação da convicção do julgador) não como deuses, onipotentes e onipresentes, mas sim como seres humanos, incompletos, imperfeitos e que julgam, “do outro lado”, um cidadão como eles próprios:

“É justamente porque há falta – e, portanto, impossibilidade “a priori” de um conhecimento todo, de se ter “o” sentido – que se há de seguir buscando a solução, a melhor solução possível, ou seja, “um” sentido. Por isto, dizer que somos incapazes de ter o domínio cognoscente dos resultados de todas as ações e, portanto, que não poderíamos prevê-los – assim como a ciência –, razão porque haveríamos de ter um racionalismo de caráter eficiente em seu sentido puramente empírico, (...).”<sup>45</sup>

Conclui-se, assim, que “Carnelutti mostrou-nos, ao colocar em crise – e destruir – a noção de verdade processual, a corda bamba pela qual temos que passar para sobreviver. Resta-nos, porém, uma ética na qual o outro conte – e deve contar – alguma coisa; a ética da alteridade. (...) Diagnosticada a falta da verdade, no lugar dela Carnelutti propõe que no processo passa-se a buscar e investigar a certeza. No fundo, é bom que se diga desde logo, não vai mudar

---

própria condição humana, limitados e falíveis em seus juízos (...)” (ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal: limitações à prova**, Curitiba, 2005, p. 46-47).

<sup>44</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.

<sup>45</sup> COUTINHO, J. N. M. **Glosas ... Op. cit.**, p. 93.

muito; mas vai, definitivamente, colocar o espelho diante daqueles que nele devem enxergar-se.”<sup>46 47</sup>

---

<sup>46</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de direito da UFPR. Curitiba: [s. n.], a. 30, n. 30. 163-198, 1998, p. 195.

<sup>47</sup> Aury LOPES JUNIOR propõe um passo além em relação ao pensamento Carneluttiano: “propõe CARNELUTTI o abandono da noção de verdade e sua substituição por certeza (jurídica) na sentença (recordemos: inquérito não se destina à sentença). Mas isso resulta numa mera substituição por outra categoria igualmente excessiva: certeza. Com o atual nível de evolução da ciência, especialmente da física quântica, operou-se o ‘fim das certezas’ (...). É chegado o momento de o direito reconhecer que a incerteza está tão arraigada nas diferentes dimensões da vida que a discussão superou há muito o nível da ‘certeza’ para situar-se na ‘probabilidade’, com forte tendência de rumar para a ‘possibilidade’, ou ainda ‘propensões’. Contudo, não é nesse campo que opera o processo penal.

(...) o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, onde, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa de ‘verdade’ para se legitimar, até porque, sendo ela impossível de ser obtida no processo, teríamos de assumir que o poder é ilegítimo. Logo, diante do excesso epistêmico da ‘verdade’, importa é o convencimento, formado a partir do que está e ingressou legalmente no processo (significa dizer, com estrita observância das regras do *due process o f law*, vedando-se, por primário, as provas ilícitas contra o réu e coisas do gênero), regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença (para permitir o controle via recursal).” (LOPES JUNIOR, A. **Sistemas ... Op. cit.**, p. 216-222).

## 2. DA PROVA

### 2.1. HÁ UM CONCEITO UNÍVOCO DE PROVA?

Na doutrina, o conceito de prova encontra diversas variações, visto se tratar de um objeto extremamente amplo<sup>48</sup>.

Para conceituar prova no âmbito jurídico, faz-se necessário, inicialmente, estudar contribuições trazidas por autores clássicos sobre o tema, para que, após, possa-se analisar conceitos mais modernos, no intuito de encontrar um conceito menos incompleto, ou de buscar conceitos complementares.

O primeiro conceito discutido será o de Ricardo LEVENE que, citando Alcalá-Zamora y Castillo, conceitua prova como “el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso.”<sup>49</sup>

Por seu turno, Vincenzo MANZINI entende que “a prova penal é a atividade processual imediatamente direcionada ao escopo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real, acerca da imputação ou de outra afirmação ou negação que interesse a uma providência do juiz.”<sup>50</sup>

Francesco CARNELUTTI, ao tratar do processo civil, entende que “provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma *afirmação*; quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela

---

<sup>48</sup> É esse o entendimento, por exemplo, esposado por Nilo Bairros de BRUM: “Mesmo entre os processualistas, a palavra [prova] aparece com várias acepções. Assim, há uma acepção que, tomando os litigantes como referência, atribui ao termo o significado de conjunto parcial de elementos probatórios. Nesse sentido, fala-se em “prova de acusação” e “prova de defesa”. Em uma acepção mais restrita, fala-se em prova com o significado de fato, objeto ou vestígio que serve para provar a existência de outro fato. Em um sentido mais amplo, o termo é usado para significar tudo aquilo que possa ser introduzido ou praticado no processo com a finalidade de tornar conhecido algum fato, pessoa ou coisa. Assim, são provas os objetos, os indícios, os laudos e relatórios periciais, a confissão, a acareação, a inspeção judicial, os depoimentos, os documentos etc. Fala-se, ainda, em prova com o significado subjetivo de resultado produzido na mente do juiz, ou seja, a convicção do julgador sobre a realidade ou verdade dos fatos. Neste sentido, diz-se que “a defesa conseguiu provar a (produziu a prova da) inocência do acusado, obtendo a absolvição.” (BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, São Paulo, 1980, p. 56).

<sup>49</sup> LEVENE, Ricardo. **Manual de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953, p. 453.

<sup>50</sup> MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Padova: CEDAM, 1965, p. 144. [Tradução literal de “La prova penale è l’attività processuale immediatamente diretta allo scopo di ottenere la certezza giudiziale, secondo il criterio della verità reale, circa l’imputazione o altra affermazione o negazione interessante la decisione del giudice.”].

costumeira mudança entre afirmação e o fato afirmado.”<sup>51</sup> O mesmo conceito é praticamente repetido quando o autor trata da matéria relativamente ao processo penal:

“las pruebas son una *especie*, esto es, algo cae bajo los sentidos del juez o, en general, de quien debe pronunciar un juicio, sirviendo para procurarle una *experiencia*, (...) en tanto precisamente la especie proporciona una experiencia en cuanto mediante la observación a la especie se vincula el género y así al pasado el futuro. Las pruebas son, pues, *los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar*. No será un atrevimiento, por eso, si las comparamos a llaves, mediante las cuales él trata de abrir las puertas de lo desconocido, de lo cual, como cualquiera outro hombre, se encuentra rodeado, para saber lo que no sabe”<sup>52</sup>

Giuseppe CHIOVENDA<sup>53</sup> sustenta que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.”<sup>54</sup>

Mais modernamente alguns autores brasileiros também definiram o que vem a ser “prova”.

Para José FREDERICO MARQUES, “[a] demonstração dos fatos em que se assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. (...) A prova, assim, é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que êste se serve para averiguar sôbre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sôbre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao

---

<sup>51</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 495.

<sup>52</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 290.

<sup>53</sup> Na esteira do pensamento de Chiovenda falam os alemães. Veja-se, por todos, Leo ROSEMBERG: “La aplicación del derecho, es decir, la conclusión que debe afirmar producidos los efectos de los preceptos jurídicos por aplicar, depende del establecimiento de la existencia de aquellas circunstancias de hecho a las que el ordenamiento jurídico há unido la producción de tales efectos. En tanto que estas circunstancias de hecho no puedan considerarse como establecidas o están establecidas por otras causas (...) deben ser *probadas* por las partes (...) y serán *averiguadas* por el juez. Las dos cosas se producen mediante **prueba**, es decir, *una actividad que debe fundar em el juez (“judici fit probatio”)* el convencimiento de la *verdade o falsedad de una afirmación*.” (ROSEMBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**, Buenos Aires, 1955, p. 200).

<sup>54</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Livro II (continuação): A relação processual ordinária de cognição. Tradução do original italiano – 2. ed. “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p. 109.

depois, sua convicção. Cumpre ao magistrado cingir-se às provas que se lhe deparam no processo, muito embora tenha poderes e faculdades para determinar a produção dos meios probatórios que entenda úteis à descoberta da verdade”<sup>55</sup>

Paulo RANGEL nos ensina que “a prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade.”

Fernando da Costa TOURINHO FILHO assevera que “provar é (...) estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. (...) Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.”<sup>56</sup>

Por fim, Fauzi Hassan CHOUKR coloca que a prova “é todo produto obtido por um meio lícito, em contraditório, pelas partes legitimadas, perante o juiz natural da causa, tendente a certificar o conteúdo da imputação e o objeto do processo ou a descaracterizá-lo, devendo ser sopesado explicitamente pelo órgão julgador na fundamentação de seu provimento.”<sup>57</sup>

## 2.2. O(S) CONCEITO(S) ADOTADO(S)

A análise dos conceitos trazidos será importante em primeiro lugar para definir quais deles servem para o presente estudo, bem como para estabelecer outras premissas a serem aqui desenvolvidas.

O primeiro deles, de Ricardo LEVENE, não serve. Isto porque o referido autor entende ser o escopo fundamental da prova fornecer para o juiz elementos

---

<sup>55</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Forense: São Paulo, 1961, p. 272.

<sup>56</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3, 23. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 215.

<sup>57</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 303.

suficientes para a decisão do litígio. Introduce, portanto, no seu conceito, a noção de lide que, como se sabe, é imprestável para o processo penal<sup>58</sup>. Nada obstante a crítica realizada, percebe-se no conceito a tendência metafísica de se acreditar que o juiz vai eliminar o conflito existente pela apreciação da prova, de forma definitiva e suficiente (vai eliminar a dúvida com um convencimento verdadeiro sobre os fatos), o que já se demonstrou ser impossível.

Vincenzo MANZINI, por seu turno, parte do pressuposto de que a prova deve ser obtida para se chegar à certeza judicial, de acordo com o critério da verdade real. Este conceito também não serve, pois como já definido no primeiro capítulo, ao homem não é possível atingir a verdade (em qualquer de suas formas), nem por meio do processo, nem por qualquer outro meio.

O conceito de Fernando da Costa TOURINHO FILHO, assim como o de José FREDERICO MARQUES, também serão descartados no presente estudo, por duas razões. A primeira delas, porque os autores entendem ser possível, por meio do conjunto probatório, chegar-se a uma verdade, o que não se entende ser factível, com base no pensamento de CARNELUTTI, já trabalhado anteriormente. Em segundo lugar (e insistindo-se na contrariedade à Constituição) porque entendem que tanto as partes como o juiz podem produzir provas. Repele-se essa possibilidade, entendendo-se que o núcleo do sistema inquisitório está exatamente na possibilidade da gestão da prova pelo juiz<sup>59</sup> e, como se opera com um sistema acusatório (previsto constitucionalmente), não se pode admitir

---

<sup>58</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora LTDA, 1989, p. 149: “A lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal.”

<sup>59</sup> Essa tese é defendida no Brasil, entre outros autores, por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “A *característica fundamental do sistema inquisitório*, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes mesmo que não contidos na ‘acusação’ -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no novo processo penal**, In: Crítica à teoria geral do processo, Rio de Janeiro, 2001, p. 24). Também Geraldo PRADO defende a mesma tese: “Uma lei que proponha a iniciativa do juiz para o processo penal de cunho condenatório não pode pertencer ao sistema processual acusatório, embasado em uma Constituição que o consagre e, portanto, tal lei não será válida, ainda que funcional no sentido utilitarista (...)” (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**, Rio de Janeiro, 2006, p. 56).

nenhuma forma de injunção do juiz na atividade probatória, cabível única e exclusivamente às partes.

Giuseppe CHIOVENDA traz um conceito passível de manipulações, visto que a idéia de “fato relevante” é extremamente aberta, e pode ser utilizada como forma de evitar uma defesa ampla das partes, visto que a definição sobre o que é ou não um “fato relevante” acabará sempre nas mãos do juiz, que assim poderá admitir ou não provas que se refiram ou não a “fatos relevantes”<sup>60</sup>. O mesmo ocorre com o conceito de Paulo RANGEL, na medida em que a expressão “verificar” (*verificare* = retorno ao mesmo lugar) significa qualquer coisa e nada, ao mesmo tempo.

Os conceitos trazidos por Francesco CARNELUTTI e Fauzi Hassan CHOUKR, por seu turno, são pertinentes e complementares, motivos pelos quais devem ser aceitos e aqui trabalhados.

CARNELUTTI trata a prova como “objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhes servem para julgar”.

A expressão “objetos” traz íncita a idéia de que são quaisquer objetos que devem servir como prova. Assim, tomadas como “objetos”, as provas não devem ter limites quanto à sua produção ou, em outras palavras, não devem existir restrições ao que a doutrina conhece por “meio de prova”<sup>61 62</sup>, consoante dispõe o

---

<sup>60</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformação constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 511: “Na admissibilidade das provas, também influi a opção pelo sistema acusatório ou inquisitório, na medida em que intrinsecamente relacionado o trinômio admissibilidade-limites-sistema adotado. Basta atentar para a *morfologia da admissão*, para constatar o quão íntima é a relação com o sistema processual vigente. A admissão da prova incumbe ao juiz e, no sistema inquisitório, como a gestão da prova está igualmente nas mãos do juiz, opera-se uma perigosíssima mescla entre aquisição da prova e sua admissão, pois ambos os atos são feitos pela mesma pessoa. Não existe a necessária separação entre o agente encarregado da aquisição e aquele que deve fazer o juízo de admissibilidade da prova no processo. Quando um mesmo juiz vai atrás da prova, é elementar que ele não pode valorar a licitude do próprio ato no momento da admissibilidade dessa mesma prova no processo, contudo, no sistema (neo)inquisitório (como o nosso), é assim que ocorre.”

<sup>61</sup> Inserindo-se na discussão as expressões “meio” e “objeto” de prova, faz-se mister a distinção entre as duas categorias. Neste sentido, José Frederico MARQUES traça essa distinção informando que “objeto de prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo. (...) Meios de prova, como ensina Pontes de Miranda, ‘são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova’. Através dele é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram.” (FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**, Rio de Janeiro, 1961, p. 273-274). Paulo RANGEL caminha no mesmo sentido: “O objeto de prova é a coisa, o fato, o acontecimento, que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* (...). Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utilize para conhecer da verdade dos fatos (...) é o



art. 332, CPP<sup>63</sup>. Isso porque são estes objetos que devem trazer ao juiz a experiência necessária para que ele possa julgar, baseado no critério da convicção.

O conceito formulado por Fauzi Hassan CHOUKR inova em relação aos acima vistos, pois traz alguns elementos de suma importância para o processo penal: a prova somente pode ser admitida se obtida por meios lícitos<sup>64</sup>, produzida em contraditório, pelas partes legitimadas no processo e perante o juiz natural da causa.

Como síntese, conclui-se que o termo “prova” pode ser definido como qualquer informação lícitamente obtida sobre um objeto, trazida ao juiz natural da causa e que, sujeita ao contraditório pelas partes legitimadas para tanto (à exceção daquelas obtidas no inquérito policial), tem por escopo formar a convicção do juiz visando o acerto do caso penal.

Entendendo, pois, que a prova só deve ser produzida mediante contraditório, pelas partes legitimadas no processo e perante o juiz natural da causa, tem-se que não pode o juiz em caso algum, com base em prova do inquérito policial, prolatar uma sentença condenatória.<sup>65</sup>

---

caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.” (RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, Rio de Janeiro, 2003, p. 381-382).

<sup>62</sup> Sobre a inexistência de restrições aos meios de prova, veja-se posição de Paulo RANGEL: “Portanto, os meios de prova podem ser os especificados em lei ou todos aqueles que forem moralmente legítimos, embora não previstos no ordenamento jurídico, sendo chamados de provas inominadas.” (RANGEL, P. **Direito ... Op. cit.**, p. 383). Também Elmir DUCLERC caminha no mesmo sentido: “(...) se prova é o conteúdo da comunicação que as partes estabelecem com o juiz, com a finalidade de convencê-lo de suas teses, então os meios de prova serão, necessariamente, todos os meios permitidos pelo ordenamento jurídico para que essa comunicação se estabeleça, isto é, para que os elementos de informação apóiem aos autos do processo. (...) não existe um rol taxativo de meios de prova que possam ser utilizados pelas partes. Antes, a regra que impera nessa seara é o princípio da *liberdade de prova* (...)” (DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal**, Rio de Janeiro, 2006, p. 244-245).

<sup>63</sup> Art. 332, CPP: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

<sup>64</sup> Existem alguns doutrinadores que advogam a possibilidade de admissão de provas ilícitas, quando estas beneficiarem ao réu. Isto porque no processo penal se trabalha com um bem jurídico supremo, qual seja a liberdade do cidadão, donde se entende que, para que este bem seja tutelado efetivamente, até mesmo provas ilícitas devem ser aceitas. Este tema, entretanto, será discutido no desenrolar do trabalho, mais especificamente ao se tratar dos limites constitucionais à atividade probatória das partes.

<sup>65</sup> Sobre o tema, verifique-se que a função do inquérito policial é basicamente a verificação das condições da ação (e não oferecer elementos para que o juiz possa proferir uma sentença condenatória), consoante magistério de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “Em um sistema processual penal como o brasileiro (...) a persecução penal está dividida em duas fases, a primeira administrativa e a segunda jurisdicional (...). Na primeira fase da persecução penal, em geral realizada através do inquérito policial, o

Como brevemente demonstrado, portanto, os conceitos que serão utilizados para o desenvolvimento do trabalho serão os de Francesco CARNELLUTTI e Fauzi Hassan CHOUKR. Sem prejuízo deles, contudo, faz-se necessário inserir um conceito de “prova” que se amolde à filosofia da linguagem, paradigma dentro do qual se opera modernamente<sup>66</sup>. Este conceito é trazido por Elmir DUCLERC:

“o conceito de prova pode ser tido como *comunicação*, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, perito) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório”<sup>67</sup>

Desta forma, a prova deve ser admitida “como comunicação, isto é, troca de mensagens entre um emissor e um receptor (...); a prova seria uma mensagem descritiva, ou seja, com a finalidade precípua de informar”<sup>68</sup>, ou, em outros termos, uma fonte de informação tendente “a compor um verdadeiro universo lingüístico em que estaria mergulhado o juiz no momento da tomada da decisão.”<sup>69</sup>

Também ao se admitir a prova como um enunciado lingüístico, ou seja, como um conjunto de significantes, outras teorizações devem ser trazidas à discussão, de forma a elucidar como esta linguagem deve ser entendida, adotada e praticada no seio do processo penal, tanto pelas partes como pelo juiz.

Por fim, resta mencionar que, admitindo a prova como comunicação, o direito à prova divide-se em dois momentos:

---

objetivo fundamental é recolher os elementos necessários a fim de que sejam preenchidas as condições a ação, propiciando o exercício da mesma (ação), pela acusação, seja o Ministério Público nas ações públicas, seja o ofendido ou seu representante legal nas ações de iniciativa privada.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar de decisão de arquivamento do inquérito policial**, In: Revista de processo, n. 70, a. 18, [s. l.] 1993, p. 71).

<sup>66</sup> Apesar de se operar modernamente com o paradigma da linguagem, cabe-nos aqui transcrever o alerta de Lenio STRECK: “(...) a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) não teve a devida recepção no campo da filosofia e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras. (...) o que continua a dominar é a filosofia do sujeito proprietário de mercadorias, com a sua capacidade de autodeterminação, fundamento último da filosofia do Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**, Porto Alegre, 2004, p. 65-66)

<sup>67</sup> DUCLERC, E. **Prova ... Op. cit.**, p. 16.

<sup>68</sup> DUCLERC, E. Idem, p. 65.

<sup>69</sup> Idem, *ibidem*.

“É preciso ter em mente, ainda, que, se a prova é a comunicação que as partes estabelecem com o juiz para convencê-lo de suas verdades, então é natural que um direito à prova seja necessariamente decomposto em duas faculdades mais gerais: **o direito de falar de um lado**, isto é, o direito de introduzir elementos de prova no universo probatório, **e o direito de ser ouvido**, isto é, o direito a que os elementos de prova sejam avaliados e interpretados corretamente pelo juiz.”<sup>70</sup> – sem grifos no original.

É a partir destas premissas que se inserem as contribuições de Ludwig WITTGENSTEIN acerca da lingüística, de Hans-Georg GADAMER sobre a compreensão e a pré-compreensão, de Jürgen HABERMAS, no que tange ao agir comunicativo e de Enrique DUSSEL, sobre o sujeito concreto.

Será estabelecido, portanto, um diálogo entre as teorizações destes quatro autores e a idéia de prova como enunciado lingüístico, de forma a mostrar como a prova contém limites intrínsecos (contidos na própria prova) e extrínsecos (advindos por exemplo da Constituição) que impedem a obtenção da verdade por meio do processo penal.

### 2.3. LUDWIG WITTGENSTEIN: “O TAMANHO DA MINHA PROVA É O TAMANHO DA MINHA DEFESA”

Tomando a prova essencialmente como linguagem (conjunto de significantes) a ser estabelecida entre as partes e entre estas e o juiz, é imperioso que se trate sobre a lingüística e a teoria dos significantes. Neste diapasão, os ensinamentos de Ludwig WITTGENSTEIN<sup>71</sup> serão preciosos para tal mister.

---

<sup>70</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

<sup>71</sup> As obras de Ludwig Wittgenstein aqui trabalhadas serão o “*Tractatus Logico-philosophicus*” e as “*Investigações Filosóficas*”. Deve-se, desta maneira, situá-las para o desenvolvimento do presente trabalho. Para tanto, as ponderações de Alexandre Morais da ROSA cumprem tal mister, apontando desde já para algumas falhas na teoria dos significados apresentada por Wittgenstein, e que serão discutidas no curso do trabalho: “(...) no *Tractatus* a proposição era considerada a partir de uma imagem estruturada e isomorfa dos fatos que representava a sua verdade, influenciada pela matemática, na qual a forma lógica era a garantia da possibilidade de se pensar e falar do mundo real. O sujeito seria amplamente consciente e não estaria inserido nas formas da vida, como quer ainda parte da *epistemologia* da *Modernidade*. A relação era sujeito-objeto.

Nas ‘*Investigações Filosóficas*’, **Wittgenstein** muda o foco da abordagem. A *proposição* passa a ser apenas uma hipótese de representação, a qual demanda um processo constante de reformulação. Não se

Será traçado um paralelo entre processo e prova, o que esta significa no âmbito daquele e como ela pode ser tomada sob o aspecto da linguagem, bem como quais os óbices a esta possibilidade.

A primeira idéia a ser veiculada é a da essência da linguagem humana:

“as palavras da linguagem denominam objetos – frases são ligações de tais denominações. – Nesta imagem da linguagem encontramos as raízes da idéia: cada palavra tem uma significação. Esta significação é agregada à palavra. É o objeto que a palavra substitui.”<sup>72</sup>

Estas primeiras idéias servem para estabelecer uma ligação entre “linguagem” e “prova”, bem como para compreender qual a função da prova no processo.

Como se mostrou anteriormente, com a filosofia da linguagem se adotou a idéia de prova como conjunto de significantes, ou seja, como linguagem. Esta linguagem (prova) se refere a um determinado objeto, substituindo-o, como demonstra WITTGENSTEIN.

No seio do processo, portanto, a prova é tida como linguagem, que tem como objetivos trazer em juízo a representação de um fato pretérito e formar a convicção do julgador<sup>73</sup>. Fazendo uma analogia ao pensamento de WITTGENSTEIN, que ensina que a palavra substitui o objeto, pode-se dizer assim que a prova substitui o fato pretérito ocorrido, e que será discutido no processo. O conjunto probatório (significantes), portanto, representa o conjunto de fatos pretéritos ocorridos e rememorados em juízo (significados)<sup>74</sup>; mas não são eles

---

vincula mais a uma isomorfia primeira entre a proposição e o fato **representado**, dependendo agora fundamentalmente das circunstâncias em que ela é manejada, conforme o contexto. Não existe mais a prometida maneira formal de significação, uma vez que são as formas de vida que irão indicar o significado provisório, condicionado sempre ao decurso de tempo e aos contextos. Falar é só uma atividade humana, participante das ‘formas de vida’, tal qual comer, andar, jogar.” (ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**, Rio de Janeiro, 2006, p. 162).

<sup>72</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 27.

<sup>73</sup> Em sendo a prova essencialmente linguagem, o escopo de reproduzir um fato pretérito do conjunto probatório não é cumprido, visto que “a linguagem declara a sua independência em relação aos fatos” (ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 163).

<sup>74</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 505: “Isso decorre do **paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário**: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante

(os fatos) e sim sua mera representação (trata-se de algo vazio de definição, portanto).

Aqui resta uma importante questão a ser discutida: a teoria dos significados encontra óbices, visto que baseada na representação que é a linguagem. Ademais, a linguagem constitui “via de acesso [a um] significado provisório e sujeito a modificações.”<sup>75</sup>

Esta dificuldade já havia sido percebida por WITTGENSTEIN, que no *Tractatus logico-philosophicus* assim escreveu:

“a proposição é uma figuração lógica da realidade [é um estado de coisas]. (...) A lógica torna possível o mundo, que é modelado pelas formas lógicas de proposições. Ocorre que um modelo não pode modelar a forma de modelagem, apenas a mostra. As proposições são capazes de modelar e descrever a realidade, mas não simultaneamente descrever como a descrevem sem se tornarem auto-referenciais e, por conseguinte, destituídas de significado.”<sup>76</sup>

Através do acima exposto, conclui-se pela “impossibilidade de se elaborar uma teoria do significado.”<sup>77</sup> Não que se não possa tentar construí-la. Pode-se, mas de logo se saberia estéril. Isto porque sempre haverá furos nessa teoria (ela não será plena), visto que existem significantes aos quais não se consegue atribuir um significado preciso, e também porque o significante não diz o que ele próprio é (não é ontológico, auto-referencial), mas apenas refere-se ao objeto:

“A proposição pode representar a realidade inteira, não pode, porém, representar o que ela deve ter em comum com a realidade para poder representá-la – a forma lógica. (...) Não é possível representar o que se espelha na linguagem”.<sup>78</sup>

---

(anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e, seu presente, no futuro, será um constante reviver no passado.”

<sup>75</sup> ROSA, A. M. *Decisão ... Op. cit.*, p. 162-163.

<sup>76</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Nacional, 1968, p. 71- 78.

<sup>77</sup> SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 239.

<sup>78</sup> WITTGENSTEIN, L. *Tractatus ... Op. cit.*, p. 77.

Em síntese, como a linguagem nada mais é do que a representação do objeto, ela não diz o que o objeto é, mas apenas se refere ao objeto, ou seja, denomina-o porém não o descreve<sup>79</sup>.

Não descrevendo o objeto, muitas vezes a linguagem encontra um abismo, qual seja, o abismo do indizível: “Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo. (...) Que o mundo é o meu mundo, isto se mostra porque os limites da linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites do meu mundo”<sup>80</sup>. “O que estiver além desses limites é impensável e indizível”<sup>81</sup>, ou, como quer Wittgenstein, “não podemos pensar o que não podemos pensar, por isso também não podemos *dizer* o que não podemos pensar”<sup>82</sup>.

No que tange à questão da prova no processo, ou seja, ao conjunto de significantes que remontam (deveriam remontar) a uma situação pretérita, tem-se que, enquanto linguagem, ou seja, essencialmente representação, é impossível através dela reconfigurar com exatidão um fato ocorrido há dias, meses, anos atrás<sup>83</sup>. É exatamente por essa razão que “o processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado.”<sup>84</sup>

Destarte, a própria linguagem, como assevera WITTGENSTEIN, é a minha linguagem e não necessariamente a linguagem do receptor da informação. Ou seja, uma prova pode se referir a diversos significados e estes, muitas vezes, podem não ser conhecidos por parte de quem os aprecia, ou até mesmo de quem os traz ao processo. No processo penal brasileiro este paradoxo é ainda mais

---

<sup>79</sup> Também Alexandre Morais da ROSA aponta para a limitabilidade da linguagem, que não apresenta um significado único: “Não tem mais sentido, pois, indagar-se qual o *significado* de uma palavra, já que a resposta estaria assentada na falsidade da premissa, ou seja, na (im)possibilidade de uma resposta definitiva e única. Ela depende dos *jogos de linguagem*, não se podendo mais buscar significações cristalinas, ideais.” (ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 162).

<sup>80</sup> WITTGENSTEIN, L. **Tractatus ... Op. cit.**, p. 111.

<sup>81</sup> SOUZA, L. S. F. **Abuso ... Op. cit.**, p. 250.

<sup>82</sup> WITTGENSTEIN, L. **Tractatus ... Op. cit.**, p. 111.

<sup>83</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 164: “Por essa linha de raciocínio, pois, perdem sentido os aprisionamentos de significados eternos realizados pelo *senso comum teórico*, eis que esta atribuição é feita no espaço/tempo, sujeita aos participantes do processo intersubjetivo (...)”.

<sup>84</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 506.

acentuado, tendo-se em vista que a maior parte dos réus em processos criminais é comprovadamente pobre, não possuindo recursos para pagar um bom procurador (e acaba sendo assistido por uma Defensoria Pública carente de recursos humanos e materiais), e são julgados por juízes advindos das classes média e alta da sociedade, aumentando ainda mais o abismo existente no processo no que diz respeito à linguagem e, conseqüentemente, tornando mínima a possibilidade de uma ampla defesa, como prevê a Constituição da República<sup>85</sup>.

É exatamente aqui que WITTGENSTEIN se faz ainda mais importante, ao afirmar que os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo. No processo penal, este axioma deve ser tomado sob uma ótica dúplice. Por um ângulo, deve-se perceber que a linguagem dos interlocutores no processo (autor, réu e juiz) nunca será perfeitamente a mesma<sup>86</sup> e, conseqüentemente, a visão e a interpretação que cada um terá do conjunto probatório certamente será diversa. Por outro lado, para o réu, que vê no processo a sua vida em jogo, à exceção dos limites impostos pela Constituição no que tange à produção de provas, ele deve ter toda a liberdade possível para produzir a prova que quiser, como quiser e quando quiser, sem ingerências nem óbices impostos pelo juiz. É assim que deveria funcionar um sistema adjetivado como acusatório, preconizado pela Constituição. Porém, ao revés da Carta Constitucional, opera-se ainda com um sistema que permite ao juiz realizar a gestão da prova, com base em um Código de Processo Penal eminentemente fascista e retrógrado, que mantém a inquisitorialidade e suas mazelas.

Aqui, pode-se fazer uma analogia ao pensamento de WITTGENSTEIN: enquanto que na lingüística, os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo, no processo penal, os limites da minha prova (atividade probatória) denotam os limites da minha defesa, ou seja, quanto mais aberto for o leque de

---

<sup>85</sup> Perceba-se que o argumento trazido, apesar de ser aplicável à realidade brasileira, não é necessariamente verificável em todos os casos. Não há pretensão de totalidade nessa idéia, visto que o réu pode, muitas vezes, ser pobre ou rico e o seu advogado, procurador, defensor conseguir ou não produzir a prova necessária. Ou seja, o êxito na produção da prova necessária nem sempre depende da condição econômica do imputado.

<sup>86</sup> É exatamente nesse sentido que WITTGENSTEIN se posiciona, ao falar sobre “a multiplicidade das ferramentas da linguagem e seus modos de emprego” (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**, São Paulo, 1996, p. 36).

provas que o réu puder trazer em juízo para serem apreciadas e discutidas, maior sua chance de, ao final, obter uma defesa realmente ampla.

Registre-se mais uma vez que as provas devem ser produzidas única e exclusivamente pela acusação e pela defesa, mas jamais pelo juiz, visto que resta superado o paradigma da obtenção de qualquer verdade pelo processo<sup>87</sup> (deve-se operar atualmente com a obtenção da certeza processual, certeza esta obtida pelo homem, ou seja, parcial e incompleta por natureza), bem como pelo fato de que se deve operar segundo a ótica constitucional, que propugna um sistema acusatório, no qual a gestão da prova não se encontra nas mãos do juiz.

Realizada a imbricação entre prova e linguagem e se concluindo de um lado que ao réu deve ser garantida uma máxima abertura à possibilidade de produção de provas e, de outro, que as provas, por se tratarem de linguagem, sempre serão incompletas no que tange ao escopo de remontar um fato pretérito, cabe agora tentar analisar como essa prova deve ser apreciada pelo juiz do processo, bem como qual a influência do seu subjetivismo ao desempenhar essa função. Para tanto, a noção de “pré-compreensão” desenvolvida por Hans-Georg GADAMER será fundamental.

## 2.4. GADAMER E A PRÉ-COMPREENSÃO EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Para analisar as diversas questões relativas à apreciação do conjunto probatório, inicialmente deve-se compreender que todos os sujeitos estão inseridos em determinados contextos histórico, cultural, social, etc. Estes contextos interferem decisivamente no modo de agir e pensar dos sujeitos. Assim,

---

<sup>87</sup> Geraldo PRADO aponta para uma dificuldade que obsta a aceitação da impossibilidade de se ter um juiz com poderes instrutórios: “A supressão ou redução dos poderes de investigação judicial esbarra, contudo, na cultura desenvolvida secularmente com base nos ordenamentos jurídicos de inspiração européia continental, acostumados, pela experiência haurida na ordem jurídica romano-canônica, à busca da *verdade real*, de sorte que a máxima acusatoriedade postulada pelo princípio em questão, na equação juiz penal *versus* prova, quase sempre é bastante limitada.” (PRADO, G. **Sistema ... Op. cit.**, p. 139).



percebe-se que a subjetividade de cada um sofre influências do meio externo em que se está inserido<sup>88</sup>.

Este pensamento também deve ser aplicado quando da apreciação da prova. Um juiz, ao apreciar um conjunto probatório (ou uma prova), o faz com base não só no que dizem as partes sobre ela, mas também com base em sua subjetividade, em seus valores, experiências, etc<sup>89</sup>. A este fenômeno GADAMER dá o nome de pré-compreensão<sup>90</sup>.

A pré-compreensão é um momento anterior ao da compreensão e envolve exatamente a subjetividade e a condição histórica do sujeito ao analisar o objeto<sup>91</sup>. Para que haja a compreensão, GADAMER afirma a necessidade da pré-compreensão como momento anterior e necessário deste processo (de compreensão)<sup>92</sup>. Esta necessidade é bem definida por Lenio Luiz STRECK:

“Toda compreensão tem uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida. (...) Vê-se, assim, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como objeto de nossa (pré)compreensão.”<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 194: “A sucessão de tempos é também uma sucessão de espaços que percorremos e nos percorrem, deixando em nós as marcas que deixamos neles.”

<sup>89</sup> Percebendo-se que a subjetividade do juiz influencia na questão da apreciação da prova, conclui-se, portanto, que qualquer pretensão de neutralidade nos julgamentos resta superada, ou seja, não há neutralidade na figura do julgador mas, quando muito, imparcialidade. Esta questão será discutida mais a frente, em tópico específico.

<sup>90</sup> LUDWIG, Celso Luiz. **Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 149: “Gadamer afirma a condição pré-conceitual de toda compreensão. A historicidade de toda compreensão decorre da condição originária do homem como ‘ser-no-mundo’. Esta condição de ser-no-mundo une o ser humano à tradição de forma irrefutável. A historicidade do homem é vista como condição de possibilidade de toda compreensão: o homem compreende a partir de pré-conceitos produzidos na história. Tal situação – a historicidade assim qualificada – se constitui ‘na condição transcendental’ de toda compreensão humana. (...) Gadamer ressalta, no entanto, que a historicidade, na condição de fator ineliminável da condição humana, não tem o sentido de uma limitação redutiva da compreensão, mas ao torná-la possível, enriquece-a, dando a ela condição de compreensão humana.”

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 212: “Essa faticidade e historicidade é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação.”

<sup>92</sup> STRECK, L. L. Idem, p. 210: “Para Gadamer, é da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma pré-compreensão que abre um primeiro acesso de intelecção; a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.”

<sup>93</sup> STRECK, L. L. Idem, p. 205-206.

GADAMER, entendendo que o processo da compreensão passa pela pré-compreensão<sup>94</sup>, ensina como se deve trabalhar na (com a) interpretação<sup>95</sup>. Este processo hermenêutico pode ser transmutado perfeitamente para a ótica do processo penal, bem como da forma de agir do magistrado ao interpretar o conjunto probatório que tem em mãos:

“Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa da compreensão. (...) A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto a sua legitimação, ou seja, quanto a sua origem e validade. (...) Diante de qualquer texto, nossa tarefa não é introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem. (...) O que afirmamos a respeito da opinião prévia nos hábitos da linguagem vale também para as opiniões prévias de conteúdo que constituem nossa pré-compreensão, com as quais lemos os textos. (...) as opiniões prévias que determinam minha compreensão podem continuar completamente despercebidas. (...) também as opiniões não podem ser entendidas de maneira arbitrária (...) tampouco se podem manter, às cegas, as próprias opiniões prévias sobre as coisas, quando se busca compreender a opinião de um outro. Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre o seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. (...) as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do “opinável”, isto é, daquilo em que um leitor pode encontrar sentido ou pode esperar encontrar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro realmente está dizendo acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido. (...) Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas

---

<sup>94</sup> STRECK, L. L. Idem, p. 210: “a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão.”

<sup>95</sup> STRECK, L. L. Idem, p. 209: “*O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá.* Essa adição de sentido decorre da consciência histórico-efetual na qual o intérprete está possuído. Isto porque há um caráter construtivista na história.”

próprias opiniões prévias. (...) Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. (...) A questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão.”<sup>96</sup>

A visão crítica da hermenêutica gadameriana marca “uma ruptura com o modo de interpretar cerceado pela dogmatização”<sup>97</sup>. Esta hermenêutica “necessita ser observada e conduzida de modo a potenciar a realidade dialeticamente concebida, ou seja, pela imbricação de sujeito/mundo/linguagem.”<sup>98</sup>

Esta introdução ao pensamento gadameriano deve ser transportada também para o processo penal, principalmente no que diz respeito à figura do juiz. Para que se tenha um processo qualificado como garantista<sup>99</sup>, que respeite as liberdades e garantias individuais dos sujeitos de direito, deve-se conceder ao réu mecanismos de defesa ampla (de linguagem ampla) para que possa ser efetivamente “compreendido” no processo.

---

<sup>96</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 1997, p. 356-359.

<sup>97</sup> ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. **Da hermenêutica de gadamer a exegese dos textos jurídico-normativos**. In: Direito em revista. v. 1, n. 5 (nov. 2003). Francisco Beltrão: Gráfica e Editora Clones LTDA, 2003, p. 193.

<sup>98</sup> ALVES, R. T. M. Idem, p. 194.

<sup>99</sup> Quem funda as bases para a epistemologia garantista, consoante Alexandre Morais da ROSA é Luigi Ferrajoli: “Estruturado um sistema penal *ideal* garantista, **Ferrajoli** indica *onze* princípios necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e, desta feita, da sanção. São eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*. A ausência de um deles torna a resposta estatal, lida a partir do Garantismo, ilegítima, constituindo, cada um (dos princípios), *condição da responsabilidade penal*. São, assim, *prescritivas* de regras processuais idéias ao modelo garantista sem que o seu preenchimento *in totum* obrigue uma sanção; mas, o contrário, pois somente com o preenchimento (de to) das implicações deontológicas do modelo é que o sistema está autorizado a emitir um juízo condenatório.

A classificação divide-se em: a) garantias penais: ‘delito’, ‘lei’, ‘necessidade’, ‘ofensa’, ‘ação’ e ‘culpabilidade’; e b) garantias processuais: ‘jurisdição’, ‘acusação’, ‘prova’ e ‘defesa’.” (ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 121).

Em que pese haver diversas críticas ao modelo formulado por Ferrajoli (a principal delas talvez seja a de que o modelo criado é ideal, ou seja, não factível porque impossível de aplicação empírica), trata-se de um bom início para que os direitos e garantias fundamentais sejam observados na seara processual penal.

Além disso, as diferenças devem ser respeitadas, principalmente por quem detém o poder (jurisdição) no processo<sup>100</sup>. Ao juiz cabe agir pautado por uma ética da alteridade, entendendo e respeitando as diferenças e a linguagem estabelecida pelo réu, de forma que se configure um processo, ou seja, um efetivo procedimento em contraditório, como preconiza Elio Fazzalari<sup>101</sup>.

Tomando mais uma vez como base a idéia de prova como linguagem, bem como a de um processo fundado no sistema acusatório, deve-se pensar a teoria gadameriana de maneiras distintas no que tange à atuação do réu e do juiz nele, processo.

Para o réu, que vê no conjunto probatório a sua linguagem, ou seja, a expressão que o fará ser compreendido pelas outras partes que integram o processo, tem-se que sua atividade probatória deve ser a mais ampla possível, pois só assim restará a ele a verdadeira cidadania processual neste verdadeiro universo lingüístico.

Para o réu, os pensamentos de Gadamer e de WITTGENSTEIN são muito próximos, no sentido de se entender que a ele (réu) deve ser possibilitada a maior quantidade possível de chances de produção de provas no processo, para que assim ele se possa fazer compreender de maneira satisfatória no universo lingüístico processual. Deste modo, a condição de produção de provas que o réu tem no processo configura, em realidade, a possibilidade que este tem de ser um efetivo sujeito processual, e não “mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> É neste sentido o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “Ademais, compondo a relação processual, o juiz é sujeito de direitos, mas também se subordina aos interesses dos cidadãos enquanto partes, ou seja, possui *direitos e deveres*, a par do *poder* que é inerente à função jurisdicional.” (COUTINHO, J. N. M. **O papel ... Op. cit.**, p. 11).

<sup>101</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 259/264: “o processo na contemporânea configuração da relação jurídica, segundo **Fazzalari**, é o procedimento em contraditório. (...) O contraditório é, pois, a característica que diferencia o processo do procedimento.” “A exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de **Fazzalari** se dá em dois momentos. Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, num segundo momento, a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação.”

<sup>102</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica à teoria geral do processo. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

No que diz respeito à atuação do juiz, o pensamento gadameriano traz novos rumos, que devem aqui ser discutidos. Entretanto, algumas premissas outras devem ser trazidas, antes de se analisar como o pensamento de GADAMER deve nortear a atuação do magistrado no acerto do caso penal e na análise do conjunto probatório.

A primeira premissa é veiculada por Roseli Teresinha Michaloski ALVES, que entende que:

“o primeiro passo para o desenvolvimento de uma exegese emancipadora, reside na percepção de que interpretar exige compreender o mundo vivido dos sujeitos sobre os quais os efeitos das decisões prolatadas irão incidir. (...) O formalismo lógico-jurídico, ao defender a neutralidade e apoliticidade dos conteúdos do Direito, nega a condição de possibilidade de implementação de uma ordem social menos injusta a mais eqüitativa.”<sup>103</sup>

A segunda premissa é estabelecida por Lenio Luiz Streck:

“Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido (...) A existência de tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à “disposição” dos juristas faz com que ocorra a *objetificação da interpretação*, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do direito. Esfumaça-se, pois, a ética no discurso jurídico. (...) Por isso é razoável afirmar que, em face da inexistência de um “método fundamental, meta-método ou meta-critério” que sirva como “fundamento último” (...) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad hoc*, discricionárias. A impossibilidade de um *Grundmethode* constitui, assim, o calcanhar de Aquiles da hermenêutica jurídica exegético-positivista. (...) Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma “questão de método” e passa a ser filosofia. (...) Portanto, na hermenêutica filosófica, a ferramenta não é decisiva, isto porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que viria a ser “desacoplado” pelo intérprete. Na interpretação sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível. É assim que

---

<sup>103</sup> ALVES, R. T. M. **Da hermenêutica ... Op. cit.**, p. 195.

“ser que pode ser compreendido é linguagem”, dirá Gadamer. (...) Daí a importância da pré-compreensão, que passa a condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos que conformam a nossa pré-compreensão não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. (...) O interprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema representacional sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) (...) transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível.”<sup>104</sup>

Estabelecidas as premissas, deve-se agora entender de que forma o juiz, que deve solucionar o caso penal de maneira eqüidistante das partes (imparcialmente), pode – ou deve – agir.

Cabe ao juiz, assim, inicialmente, ter plena consciência de sua função perante a sociedade, função esta de garante do cidadão<sup>105</sup>. Esta função é ainda mais evidente quando se trata da relação entre o juiz e a prova, visto que aquele deve se manter distante da produção desta, analisando a prova trazida ao processo (obtida no crivo do contraditório) pelas partes e com base única e exclusivamente nelas formar a sua convicção e fundamentar a sua decisão (sentenciar)<sup>106 107</sup>. O direito, por fim, deve ser também construído pelo magistrado, que não deve atuar apenas como “boca da lei”<sup>108</sup>:

---

<sup>104</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico**. In: LUCAS; Douglas César (Org.); SPAREMBERGER; Raquel Fabiana Lopes (Org.). *Olhares Hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 345-351.

<sup>105</sup> Esta função, como demonstra Aury LOPES JUNIOR, muitas vezes não é percebida pelos juízes, que pensam que o crime e o criminoso encontram-se num local diverso do seu, ou seja, pensam alguns magistrados estarem julgando pessoas “diferentes”: “Falta a esse juiz a consciência de sua própria sombra, a capacidade de ser, ao mesmo tempo *julgador-julgado*. É, também, um exercício de abstração ou mesmo altruísmo, de respeitar o outro na sua diversidade e assumir seu local de fala, absolutamente imprescindível para o exercício da magistratura, mas que infelizmente não tem sido devidamente exercitado.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**, Rio de Janeiro, 2005, p. 80)

<sup>106</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 508-509: “Disso decorre outro termo que dela [prova] é inseparável: *sentire*. Como já explicamos em outra ocasião, o papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio de verbo ‘sentire’, ensejando a idéia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma *intuição emocional*. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente.”

“o juiz não aplica a lei apenas *in concreto*, senão que colabora ele mesmo, através de sua sentença, no desenvolvimento do direito (direito de juiz). Assim como o direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular.”<sup>109</sup>

Perceba-se mais uma vez que o caminho correto para uma decisão devidamente fundamentada é apreciar o conjunto probatório e a partir dele decidir<sup>110</sup>; e não a partir de uma decisão prévia buscar a prova necessária que a fundamente<sup>111</sup>. Esse é um ponto essencial da atuação do magistrado, visto que,

---

<sup>107</sup> Há, na doutrina, quem entenda que os poderes instrutórios do juiz ainda são poucos, devendo ser ampliados, em nome da “verdade real”. Seria, na verdade, o aumento da barbárie no processo, barbárie esta já institucionalizada: “O juiz dirige a coleta de provas, diante de si produzidas, mas o processo em variados ritos possui uma complexidade formal que dificulta a apuração dos fatos. Por isso, talvez, se torne prudente munir o julgador de meios, ainda mais amplos, outorgando-lhe maior liberdade na apuração e esclarecimento do evento. O que depreendemos, no momento, é que o juiz fica muito limitado, envolvido e sujeito à uma técnica que acarreta dificuldades manifestas na apuração dos acontecimentos fiéis.” (CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material (teoria da prova)**. Rio de Janeiro, 1995, p. 36). Registre-se que o pensamento trazido, apesar de parecer um tanto quanto retrógrado, consta de uma obra de 1995.

<sup>108</sup> LUDWIG, C. L. **Gadamer ... Op. cit.**, p. 154: “Tal concepção do fenômeno hermenêutico faz com que o sujeito da compreensão esteja implicado no processo de concretização do direito, pois a aplicação deixa de ser a parte última, final e eventual da compreensão, para constituir-se em fator determinante desde o princípio e em seu conjunto.”

<sup>109</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade ... Op. cit.**, p. 88.

<sup>110</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica ... Op. cit.**, p. 217-218: “O intérprete compreende o conteúdo da norma [prova] a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma [prova] desde certas expectativas, fazer uma idéia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitando de comprovação, correção e revisão através de uma progressiva aproximação à coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada. Dada esta presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente das mesmas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio das idéias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’.”

<sup>111</sup> Estas decisões, na maioria dos casos, impõem-se mediante requisitos retóricos, consoante entende Nilo Bairros de BRUM: “Geralmente, chegado o momento de decidir, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu [veja-se que não se sabe desde quando essa decisão já está formada na mente do julgador]. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca na espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que faz visualizar tal figura penal como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico.” Como esses motivos não são legítimos para fundamentar uma sentença condenatória ou absolutória, o juiz recorre à “requisitos retóricos pelos quais uma sentença tenha maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante.” (BRUM, N. B. **Requisitos ... Op. cit.**, p. 72).

como alertou Lenio STRECK<sup>112</sup>, com o sem número de métodos de interpretação e aplicação existentes, uma prova (ou um conjunto de provas) pode ser manuseada praticamente de qualquer maneira, tanto para fundamentar decisões absolutórias ou condenatórias. Destarte, “o juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, dedica-se a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.”<sup>113</sup> Mais uma vez se faz imperioso uma atuação pautada pela ética da alteridade por parte do magistrado:

“Nesse diálogo dialético entre interlocutores, o ato de compreensão do outro e com o outro significa romper as barreiras unilaterais – pré-conceitos –, abrindo-se espaço para a alteridade, deixando de ser uma experiência isolada para ser coletiva, em comunidade, eis que o lugar privilegiado da experiência humana é a intersubjetividade.”<sup>114</sup>

Este mesmo pensamento talvez poderia ser extraído de outra passagem da obra de GADAMER, quando o autor trata da conversação: “O que “surgirá” de uma conversação ninguém pode saber de antemão.”<sup>115</sup> Ou seja, antes do processo (conversação), o juiz não pode saber de antemão qual a sentença; não pode sentenciar antes para após sair à cata da prova que fundamente a sua decisão<sup>116</sup>.

Neste mesmo ponto a questão da pré-compreensão para o direito processual penal, especificamente para a questão da prova, deve ser criticada. Isto porque, como leciona GADAMER, a pré-compreensão, enquanto parte da

---

<sup>112</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica ... Op. cit.**, p. 216: “Com o giro hermenêutico proposto por Gadamer, a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas.”

<sup>113</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

<sup>114</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 194.

<sup>115</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade ... Op. cit.**, p. 497.

<sup>116</sup> Sobre o tema, corretamente se posiciona Antonio Magalhães GOMES FILHO, ao comentar os poderes instrutórios do juiz: “Nesse terreno, uma liberdade absoluta do juiz tenderia, perigosamente, a dar ingresso a considerações pessoais, ideológicas e emotivas, comprometendo-lhe a imparcialidade – e o correspondente controle – e permitindo que viesse ao processo apenas o material probatório adequado à justificação de uma tese previamente escolhida.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, São Paulo, 1997, p.56).



subjetividade, interfere decisivamente na compreensão que se tem dos objetos<sup>117</sup>. Uma possível solução para tal questão é trazida por Aury LOPES JUNIOR, ao abordar o princípio da imparcialidade:

“A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. (...) tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz a figura do *juiz ator* (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (...) A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade* e o outro de *inércia*. (...) O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. (...) o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. (...) a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem à falta de imparcialidade (...) Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar.”<sup>118 119</sup>

---

<sup>117</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 193: “A compreensão está vinculada à interpretação, e o intérprete não se aproxima do objeto como uma tábua rasa, mas como alguém que leva consigo um horizonte de expectativas (crenças, práticas, conceitos, etc.). Olha o seu objeto a partir das perspectivas abertas por dito horizonte. É através dele que fundindo horizontes (linguagem + tradição) é possível uma interpretação, motivo pelo qual não cabe pensar em uma interpretação correta, já que ela é uma mediação hermenêutica entre diferentes mundos de vida.”

<sup>118</sup> LOPES JUNIOR, A. **Introdução ... Op. cit.**, p. 85-88.

<sup>119</sup> PRADO, G. **Sistema ... Op. cit.**, p. 175: “A imparcialidade do juiz (...) exige dele que justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.”

Para o juiz, assim, não deve haver posição pré-conceitual senão aquela advinda dos princípios relativos à jurisdição (principalmente a imparcialidade, que, consoante entendimento de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “funciona como meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição”<sup>120</sup>), bem como, no que tange à questão específica da prova, a observância do princípio *in dubio pro reo*<sup>121</sup> que, segundo Aury LOPES JUNIOR, diz com a idéia de que “a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (...)”.<sup>122 123</sup>

Assim, “ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória do acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.”<sup>124</sup>

Desta maneira, o pensamento gadameriano, transportado para o processo penal acusatório, afigura-se como um (e não “o”) caminho possível para se atingir as seguintes conclusões: a) A compreensão “é um modo de *ser humano no*

---

<sup>120</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução ... Op. cit.**, p. 173.

<sup>121</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974, p. 213-214: “O princípio, na formulação latina utilizada, foi cunhado por STÜBEL, mas ele constitui um produto generalizado dos ‘processo reformados’ do séc. XIX, sendo conhecido em muitos países sob o nome de ‘presunção de inocência do arguido até a condenação’.

(...) Esta ‘presunção de inocência’ tem sofrido diversos ataques da parte de alguns sectores doutrinários, na medida em que, tornando-a ao pé da letra não apenas em matéria de prova mas em todo o decurso do processo, nomeadamente na fase de instrução preparatória, se pretenda concluir dela pela ilegitimidade de utilização, contra o arguido, de qualquer meio de coacção (máxime a prisão preventiva). Mas não é esse (...) o sentido da máxima: enquanto se tome como equivalente do princípio *in dubio pro reo*, a ‘presunção de inocência’ pertence sem dúvida aos princípios fundamentais do processo penal em qualquer Estado-de-direito.”

<sup>122</sup> LOPES JUNIOR, A. **Introdução ... Op. cit.**, p. 184.

<sup>123</sup> Sobre a questão da presunção de inocência, também são pertinentes as ponderações de Elmir DUCLERC: “Da presunção de inocência, como regra de natureza epistemológica, decorre a atribuição do ônus da prova à acusação. Quem é *verdadeiramente* inocente não precisa provar aquilo que já é verdadeiro. E daí deriva, ademais, o chamado princípio *in dubio pro reo*, conforme o qual, no conflito entre provas, umas sinalizando em favor da tese acusatória, outras surgindo em seu desfavor, deve o juiz considera-la como não provada.” (DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 300-301).

<sup>124</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 184.

*mundo* (reconhecimento da historicidade) e por isso a verdade não está dada e posta à disposição de modo atemporal, a-histórico, mas deve ser compreendida, e o que pode ser compreendido é a linguagem”<sup>125</sup>; b) Deve-se criticar, assim como o fez também Elmir DUCLERC, a idéia de que “a atividade jurisdicional não segue o processo lógico (das premissas à conclusão), mas o processo psicológico (da conclusão à procura das premissas convenientes)”<sup>126</sup>; c) “Na pré-compreensão estão não só regras e métodos, mas também todas as expectativas e pré-juízos que conduzem o intérprete nas várias fases procedimentais”<sup>127</sup>; c) “o juiz instrutor<sup>128</sup> é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, **mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar**”<sup>129</sup> e; d) a posição do juiz criminal no que tange especificamente ao conjunto probatório, e enquanto detentor do poder jurisdicional, deve ser no sentido de adotar a máxima *in dubio pro reo*, ou seja, enquanto tudo não ficar provado, o réu deve ser tido como inocente.

## 2.5. HABERMAS E A ATIVIDADE PROBATÓRIA ENQUANTO AGIR COMUNICATIVO DAS PARTES

As teorizações de Jürgen Habermas situam-se no contexto da “reviravolta lingüístico pragmática da filosofia contemporânea”<sup>130</sup>, que rompe com o

---

<sup>125</sup> DENTZ, Giuliana Araújo Attademo. **A persuasão racional do juiz e a prova cautelar no processo penal democrático: um estudo a partir do projeto de lei nº 4205/2001**. Belo Horizonte, 2007, 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Faculdade Mineira de Direito, p. 90.

<sup>126</sup> DUCLERC, E. **Prova ... Op. cit.**, p. 70.

<sup>127</sup> DENTZ, G. A. A. **A persuasão ... Op. cit.**, p. 95.

<sup>128</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 507: “‘*In-strudere*’ chegou a ser um verbo próprio da arquitetura, significando ‘construir, edificar, ordenar com método’. Trasladado para o direito, instruir corresponde à tarefa de recolher as provas que permitam uma aproximação do fato histórico.” O próprio termo “instrução”, como se percebe, sugere a idéia de reconstrução de um fato pretérito de forma incompleta, aproximativa, o que denota mais uma vez a impossibilidade de obtenção da verdade por meio do processo.

<sup>129</sup> LOPES JUNIOR, A. **Introdução ... Op. cit.**, p. 89.

<sup>130</sup> LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 93.

paradigma da consciência. Assim, qualquer análise da obra de Habermas deve ser iniciada sob tal perspectiva<sup>131</sup>.

Este giro, que anuncia um novo paradigma, “não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um *giro* da própria filosofia, uma *virada* no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a *condição de fundamento* de todo o pensar.”<sup>132</sup> “Significa um movimento que vai da consciência para a linguagem, modificando o procedimento filosófico em relação à validação da verdade que de monológico passa a ter uma exigência dialógico-discursiva.”<sup>133 134</sup>

É neste contexto que surge a noção de agir comunicativo<sup>135</sup>, através da qual “os homens se relacionam entre si, por meio de normas lingüisticamente articuladas, e cujo objetivo é o entendimento mútuo.”<sup>136</sup>

Para que se torne factível este agir comunicativo, Habermas parte de uma “situação ideal da fala”<sup>137</sup>, na qual estão implícitas determinadas regras do discurso<sup>138</sup>:

---

<sup>131</sup> O paradigma da linguagem pode assim ser dividido, de acordo com Celso Ludwig: “1º) como *razão comunicativa* (Apel/Habermas); 2º) como *razão sistêmica* (*a la Luhmann*) e, por fim, 3º) como *razão hermenêutica* (Gadamer).” (LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 93).

<sup>132</sup> LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 93.

<sup>133</sup> LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 94.

<sup>134</sup> ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, p. 28: “a relação sujeito-objeto, antes uma relação monológica, solitária, passa a ser uma relação essencialmente dialógica, intersubjetiva, que deixa espaço para o não idêntico.”

<sup>135</sup> LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 104: “o paradigma da comunicação não define mais o *sujeito* na sua relação com objetos para conhece-los e dominá-los (paradigma da consciência). O sujeito, agora, é interpretado como aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros *sujeitos*, entender-se sobre o que pode *significar* conhecer objetos e *dominar objetos*. O enfoque fundamental consiste não na auto-compreensão do sujeito como *fundamento* ou *atividade*, mas na intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação.”

<sup>136</sup> FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993, p. 13.

<sup>137</sup> FREITAG, B; ROUANET, S. P. *Idem*, p. 19: “Habermas acredita que, se for possível descrever uma situação tal que os discursos nela realizados possam ser considerados automaticamente verdadeiros, e se tal descrição não for arbitrária, nem sujeita, por sua vez à argumentação discursiva (porque nesse caso estaríamos nos movendo em círculos), seria possível distinguir o verdadeiro consenso do consenso ilusório. Tal situação, para ele, é a *situação lingüística ideal*, pela qual ‘a comunicação não é perturbada por efeitos externos contingentes, nem por coações resultantes da própria estrutura da comunicação. A situação lingüística ideal exclui deformações sistemáticas da comunicação’.”

<sup>138</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 167-168: “Numa atitude orientada para o entendimento mútuo, o falante ergue com *todo* proferimento inteligível as seguintes pretensões:

“Nisso está implicado o pressuposto que os falantes devem levar em conta determinadas *regras de argumentação*, inscritas na própria linguagem, como é o caso da aceitação de que todos os participantes do discurso são *iguais* e que o discurso livre como tal não pode sofrer a ameaça de violência aberta ou oculta. Essas regras – inscritas na linguagem – passam a ser *condições normativas da possibilidade da discussão* (...). Em resumo, as duas regras inscritas na própria linguagem, chamadas de regras do discurso, são estas: 1º) todos os participantes do discurso em *princípio são iguais* (e, portanto, não devem ser excluídos quaisquer argumentos); e 2º) a obrigação de argumentar *sem violência* (...).”<sup>139</sup>

A imbricação entre a teoria habermasiana e o direito à prova no processo penal será traçada, portanto, partindo-se dos pressupostos acima arrolados, considerando-se ainda que “a ação comunicativa está inserida no contexto do processo judicial, sendo pois, instrumental a este último.”<sup>140</sup>

Sendo o processo definido como procedimento em contraditório, a teoria da ação comunicativa responde algumas demandas existentes no direito processual, consoante demonstra Luciana Drimel DIAS:

“o consenso pregado por HABERMAS e adaptado ao processo, vai advir da participação e mediação que o juiz fizer frente aos argumentos expostos, sendo que a decisão final de escolha do melhor argumento é sua, podendo até contribuir com sua argumentação discursiva para o consenso final”<sup>141</sup>

No processo penal, a participação do magistrado está adstrita aos limites impostos pelo princípio dispositivo (gestão da prova nas mãos das partes), bem como, no que diz com a questão da prova, pelo princípio *in dubio pro reo*<sup>142</sup>.

– que o enunciado formulado é verdadeiro (ou, conforme o caso, que as pressuposições de existência de um conteúdo proposicional mencionado são acertadas);

– que o ato de fala é correto relativamente a um contexto normativo existente (ou, conforme o caso, que o contexto normativo que ele realiza, é ele próprio legítimo); e

– que a intenção manifesta do falante é visada do modo como é proferida.”

<sup>139</sup> LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 98.

<sup>140</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p. 406.

<sup>141</sup> DIAS, L. D. *Idem*, p. 413.

<sup>142</sup> DIAS, L. D. *Idem*, p. 407-408: “Devem estar também atendidas as pretensões de validade, ou seja, pretensão de sinceridade e compreensibilidade da comunicação, pretensão de justiça do conteúdo normativo e pretensão de verdade do conteúdo dos enunciados descritivos (fatos sociais e jurídicos). Isto tudo é pressuposto como se estivéssemos em uma ‘situação ideal de fala’, que pode, no universo do processo, ser

Assim, as ações que visam a um entendimento mútuo no processo penal não podem advir de ingerências do magistrado na atividade das partes, nem mesmo através de sentenças que sustentem argumentos meramente retóricos, que não estejam em consonância com o conjunto probatório trazido em juízo, como também “o acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações”<sup>143</sup>.

Desta maneira, qualquer “verdade” atingida no processo penal será obtida dialogicamente – entre autor e réu –, com a mediação de um terceiro – juiz –, formando-se dessa forma um real procedimento em contraditório<sup>144 145</sup>:

“Poderíamos, então neste ponto, ponderar criticamente dizendo que o juiz constrói a verdade do processo tendo, dessa forma, poderes absolutos nesta tarefa. Não. O procedimento para o conseguimento da verdade é inteiramente dialético, todos podem e devem argumentar, e além do mais é permeado pelas provas que auxiliam na escolha final do melhor argumento que se transformará em verdade. (...) Dessa forma, o juiz na ação comunicativa voltada ao conseguimento da verdade no processo, participa, media e também traz argumentos para a formação da verdade que será cristalizada na sentença.”<sup>146</sup>

---

estendida como a paridade de armas de ambos os interlocutores. Ou seja, é óbvio que existem as discrepâncias sócio-econômicas entre os litigantes e seus procuradores, porém, partimos de pressupostos (em potencial) mínimos (...). Portanto, para a consecução da ação comunicativa no processo devemos partir destes pressupostos, em especial, a ‘paridade de armas com relação à linguagem’ (...).”

<sup>143</sup> HABERMAS, J. **Consciência ... Op. cit.**, p. 165.

<sup>144</sup> SOUZA, L. S. F. **Abuso ... Op. cit.**, p. 340: “O agir comunicativo envolve, portanto, ações de fala nas quais o locutor, valendo-se da *força do argumento*, busca convencer o outro não só da *verdade* da proposição (a), como também de sua *correção* (b) e de sua *veracidade* subjetiva (c). No dizer de Habermas, a guinada epistêmica da semântica da verdade está em que não se pode mais considerar a questão da validade de uma proposição como nexos objetivos entre linguagem e mundo. A argumentação não se reduz à tentativa de convencer o outro da *verdade* daquilo que se afirma (a), envolvendo igualmente uma pretensão de reconhecimento da *justiça* das normas invocadas (b) e da *sinceridade* da expressão dos sentimentos do falante (c). Esta nova concepção da verdade, que pressupõe o consenso entre aqueles que participam da ação comunicativa, não decorre de constrangimento lógicos ou empíricos, mas sim da força do melhor argumento, da sua motivação racional.”

<sup>145</sup> Não é isso que ocorre, contudo, no sistema inquisitório, consoante bem anota Aury LOPES JUNIOR: “No sistema inquisitório, o instrutor trabalha solitário: elabora hipóteses e as cultiva, buscando as provas; quando as descobre, as colhe. É um sistema que exclui os diálogos e, como muito, monologa juiz e ministério público e essa simbiose entre o Ministério Público e o Juiz com poderes instrutórios conduz a uma metástase inquisitorial.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**, Rio de Janeiro, 2007, p. 514).

<sup>146</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p. 413.

Perceba-se mais uma vez que a “participação” do juiz não é no sentido de produção de provas, nem na construção retórica e discricionária de uma sentença visivelmente contrária à prova dos autos:

“Neste paradigma não há espaço para discricionariedade judicial, como a interpretação não atende a uma moldura de possibilidades. Pelo contrário, a decisão judicial (...) exige uma nova postura dos atores jurídicos embrenhados no processo (sempre) constitucional e intersubjetivo de atribuição de sentido. A autonomia do Direito Processual não pode significar o estabelecimento de *feudos decisórios* dos magistrados, inseridos desde sempre no campo comunicacional e regulados, no caso do Processo Penal, pelas respectivas normas.”<sup>147</sup>

“Em sua grande maioria, as modificações que poderiam ser feitas para adequação da ação comunicativa ao processo, dizem respeito à disciplina da prova”<sup>148</sup>, mormente no que diz respeito ao seu valor persuasivo<sup>149</sup>:

“Neste momento as provas podem ser [são] um valioso aliado, aliado (sic) na argumentação, vale dizer, elas passam a ter uma função retórico-persuasiva. Elas não servem de adequação dos enunciados (fatos) à realidade empírica, mas são valorosas enquanto influenciadoras na escolha da ‘estória’ apresentada pelos advogados. Ou seja, não têm uma função cognoscitiva, pois elas não se destinam a fazer conhecer a verdade dos fatos, porque a verdade mudou de paradigma, a verdade não é mais uma fotografia do mundo empírico, ela não mais se abstrai dos objetos, mas advém a partir do consenso que formamos em torno daquilo que vem a ser o objeto ou o fato. (...) as provas também seriam enunciados, provas também seriam linguagem, linguagem persuasiva, ou seja, animadas pelo intento imediato de convencer, persuadir (...) Provas são, portanto, enunciados em linguagem persuasiva, estão, da mesma forma que os fatos (enunciados em linguagem descritiva), sujeitas ao processo argumentativo e portanto, a um consenso diverso do que elas (provas), como enunciados, pronunciaram como verdadeiro ou falso.”<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 267.

<sup>148</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p. 415.

<sup>149</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 507-508: As provas são as matérias que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva).”

<sup>150</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p. 408-410.

Tratando a prova sob esta perspectiva, percebe-se mais uma vez a sua falibilidade na obtenção da verdade. Isto porque, “sob o aspecto da ação comunicativa as provas passam a ser instrumentais ao processo argumentativo (...). Elas serão enunciados tanto quanto os argumentos trazidos por ambas as partes sujeitas ao debate, à argumentação discursiva. Portanto, é imperioso perceber que há uma significativa perda de sua força enquanto decisivas para a escolha definitiva da sentença. O valor maior passa a ser o da argumentação – a ‘coerção do melhor argumento’.”<sup>151 152</sup>

A adoção desta perspectiva de prova não se coaduna, contudo, ao privilégio exacerbado à retórica, ignorando-se a realidade empírica ou o próprio conjunto probatório aos autos carreado:

“O que não significa, por outro lado, que por darmos ênfase maior à retórica, estamos alijando o mundo empírico. O mundo empírico está expresso, em linguagem, através de enunciados (fatos) que apresentamos para argumentação. O mundo vivido está presente quando apresentamos os enunciados (provas), que servem de base para o processo argumentativo. Desse modo, não se pode dizer que haja uma valoração excessiva da retórica, pois a questão toda é que a verdade [certeza] se deslocou, ela não significa mais adequação, mas sim argumentação tendente a um consenso.”<sup>153</sup>

Pode-se, desta maneira, extrair uma síntese das reflexões hermenêuticas trazidas por Habermas e Gadamer, para o âmbito da prova, no seguinte sentido:

“Transpondo as reflexões hermenêuticas para a teoria da prova, como fizemos, temos que a atribuição de sentido à prova, distante da discricionariedade do julgador, está condicionada à estrutura procedimental que garanta a participação discursiva ampla dos

---

<sup>151</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 410.

<sup>152</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 432: “não são [necessariamente] os amplos meios de provas que facultam o conseguimento da verdade, isto porque, se tomássemos este pressuposto, os historiadores, cientistas, pesquisadores deteriam a verdade (já que potencialmente têm todos os meios de provas à disposição), no entanto, a verdade não significa maior ou menor liberdade de meios, está situada em outro paradigma. Segundo, porque as provas não facultam uma re-construção da verdade, ou seja, como já apontado, as provas não plasmam a verdade dos fatos e dos objetos, não é espelho deles, porque a essência das coisas não está à disposição do intelecto para então ser conhecida. É o sujeito que constrói as coisas e os fatos a partir de sua própria subjetividade. Portanto, não se re-constitui a verdade a partir dos meios de prova que o processo faculta, a verdade constrói-se a partir do sujeito que a conhece.”

<sup>153</sup> DIAS, L. D. Idem, p. 410-411.



interessados, em condições paritárias, em que todas as possibilidades serão consideradas na busca pelo melhor argumento. Na proposta procedimentalista do direito, as pré-compreensões dos envolvidos deve (sic) estar reflexivamente abertas umas às outras na busca pelo melhor argumento.”<sup>154</sup>

## 2.6. DUSSEL E O IMPUTADO ENQUANTO SUJEITO CONCRETO DO PROCESSO

A teoria do agir comunicativo, apesar de figurar como vanguardista na racionalidade em que operamos, merece críticas. Estas foram feitas, de forma satisfatória, por Enrique Dussel. Este autor, sem pretensões de desconstituir a teoria habermasiana, mas sim de ir além dela, propõe para os países inseridos no contexto do “capitalismo tardio” (notadamente os países latino-americanos) o paradigma da vida concreta dos sujeitos:

“La ‘vida humana’ no tiene como referencia a un universal abstracto, a un concepto de vida o a una definición. Es la ‘vida humana’ concreta, empírica, de *cada* ser humano. Es la vida que para vivirse necesita comer, beber, vestirse, leer, pintar, crear música, danzar, cumplir ritos e extasiarse en las experiencias estéticas y místicas. Vida *humana* plena, biológica, corporal, gozosa, cultural, que se cumple en los valores supremos de las culturas – pero, como hemos dicho, no se identifica con los valores, sino que los origina, los ordena en jerarquías, de distintas maneras en cada cultura particular.”<sup>155</sup>

Como se pode observar, “o ‘paradigma da vida’ não se limita à participação comunicativa argumentativa (paradigma intersubjetivo)”. Vai além:

“La ‘vida humana’ no es meramente ‘sobrevivencia (*Selbsterhaltung*)’ física, corporal biológica, como momento vegetativo-animal. La ‘vida humana’ es siempre e inevitablemente vida ‘humana’, cultural, histórica, religiosa, mística aún. (...) La ‘vida’ humana no se agota en una cultura: es la fuente creadora de toda cultura, por ello es el criterio universal. (...) La ‘vida humana’ no es *sólo* ‘condición de posibilidad’ de la argumentación. Ser ‘condición’ es una dimensión que en cierto sentido se define desde lo

<sup>154</sup> DENTZ, G. A. A. **A persuasão ... Op. cit.**, p. 97-98.

<sup>155</sup> DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S. A., 2001. p. 118.

condicionado. La ‘vida humana’ no es sólo ni principalmente condición de posibilidad, sino ‘modo de realidad’. Su contenido no se define desde la racionalidad o discursividad argumentativa: sería ‘viviente’ esencialmente para *argumentar*.”<sup>156 157</sup>

Há aqui uma diferença fundamental a ser estudada. “Nesse paradigma, o ponto de partida, o *antes* de tudo, é a vida concreta de cada sujeito como modo de realidade. A vida é o critério-fonte, condição de possibilidade de todo o mais. (...) Assim, a premissa é que a vida humana em comunidade é o *modo de realidade* do sujeito. O *modo de* realidade consiste em considerar a vida humana como ela se apresenta a nós, nas situações concretas do mundo, na idade da globalização e da exclusão.”<sup>158</sup> Esta racionalidade figura como ideal para as comunidades latino-americanas porque a teoria proposta por Habermas cuida de uma comunicação intersubjetiva ideal, ou seja, pressupõe a igualdade entre os participantes (e formadores) do consenso intersubjetivo, o que não acontece efetivamente nas comunidades “não eurocêtricas” (marginalizadas), à exceção dos Estados Unidos, Canadá e Japão<sup>159</sup>.

Desta maneira, Dussel aponta que “na comunidade de *comunicação ideal* o Outro é sempre pressuposto (o paradigma é o da comunicação intersubjetiva), mas na *real* é excluído porque silenciado. O outro como exterioridade é o que está ‘fora’ e não tem acesso à efetiva argumentação. É afetado, porém não é participante. Esse é o nível abstrato ou geral. Concretamente, o Terceiro Mundo é o silenciado na argumentação discursiva em relação ao Primeiro Mundo”<sup>160</sup>.

No Terceiro Mundo, o que se busca não é a possibilidade de argumentação intersubjetiva para atingir o consenso, mas algo anterior a isso:

---

<sup>156</sup> DUSSEL, E. Idem, p. 117-118.

<sup>157</sup> LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 184: “a vida humana não é apenas um valor, não é trabalho apenas, não é mera sobrevivência, não se esgota na cultura, não é condição de ser, não se esgota na consciência, não é condição de possibilidade da argumentação, não é só um direito, e não é condição de possibilidade. O *modo de realidade* do vivente humano é mais do que propriamente *condição*, mais do que *fundamento*, para ser precisamente *fonte* e *conteúdo* de onde emana, inclusive, a racionalidade como momento desse ser vivente humano.”

<sup>158</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 183.

<sup>159</sup> DIAS, L. D. **A verdade ... Op. cit.**, p. 415-416: “HABERMAS pressupõe uma comunidade ideal, onde para a realização da ação comunicativa, há potencialidade de argumentação de ‘todos’ (totalidade) para a formação do consenso.”

<sup>160</sup> LUDWIG, C. L. **Para ... Op. cit.**, p. 175.

“O ‘pobre’, em razão das mediações categoriais de Marx, apresenta-se como um sujeito concreto (trabalhador atual ou virtual), categoria central do pensar que parte da exterioridade. Este ‘pobre’ não tem lugar na comunidade de argumentação argumentativa, porque faticamente excluído e silenciado. Em consequência, não busca acordo (consenso). Busca algo anterior: a condição de possibilidade de todo argumentar; o direito de ser pessoa para poder argumentar numa comunidade de comunicação histórica possível. Portanto, é essa condição prévia: poder ser parte histórica e faticamente da comunidade.”<sup>161</sup>

Para que a vida humana concreta seja afirmada, existem três momentos a serem observados, quais sejam, o da produção<sup>162</sup>, da reprodução<sup>163</sup> e do desenvolvimento<sup>164</sup>. Sem tais momentos, ou presentes óbices ao desenvolvimento destes momentos, a vida humana concreta será negada<sup>165</sup>.

No processo penal brasileiro, fundado sob a égide de um Código de Processo Penal de cunho fascista, antidemocrático portanto, que insiste em prevalecer frente aos direitos e garantias fundamentais constitucionais, invertendo-se a lógica do sistema de forma aberrante, as teorizações de Enrique Dussel surgem (também) como um caminho a ser trilhado para que o princípio dispositivo deixe de ser orientação constitucional programática (?) para se tornar realidade forense.

Isto porque o processo penal, tratando-se de instrumento legitimador e garantidor da democracia, funciona (deveria funcionar) também como meio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta, e não como negação deste “critério fonte” propalado por Dussel<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 176.

<sup>162</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 186: “A produção da vida é um ato cotidiano do sujeito, na relação cultural intersubjetiva e comunitária e, por isso, um processo histórico permanente (...).”

<sup>163</sup> Idem, ibidem: “[o momento da reprodução] é o momento das instituições e dos valores culturais, na condição de mediações necessárias e adequadas para a continuidade da vida do sujeito que reproduz a si mesmo na condição do viver, viver que é institucional, cultural e social (...).”

<sup>164</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 187: “O terceiro é o *momento do desenvolvimento* da vida humana na sociedade. (...) Para além de um mero crescimento natural, o humano se constrói no desenvolvimento histórico.”

<sup>165</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 185-186: “Na parte da negação – momento crítico da *negatividade* –, é essa vulnerabilidade que ameaça constantemente os momentos de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta do sujeito.”

<sup>166</sup> Propondo uma imbricação ainda mais ampla da teoria Dusseliana com o “sistema-direito”, Celso Luiz LUDWIG entende que “tendo em conta a lógica das idéias exposta, creio que a função específica do

O que se percebe, contudo, é que no processo penal, o réu tem a sua vida concreta negada nos três momentos em que ela deveria ser afirmada. No que diz com a sua atividade probatória, mais evidente fica essa condição.

Ao se permitir a gerência e a ingerência do juiz na atividade probatória das partes, nega-se: i) o momento da produção da vida concreta, enquanto “ato subjetivo e intersubjetivo comunitário ao mesmo tempo”<sup>167</sup>; ii) o momento de reprodução da vida concreta, enquanto “condição de mediações necessárias e adequadas para a continuidade do sujeito [réu] que reproduz a si mesmo no simples (complexo!) fato de viver [tentar sua absolvição] (...) e que exige o momento formal da intersubjetividade”<sup>168</sup> e; iii) o momento do desenvolvimento da vida humana, enquanto “momento que instaura, inequivocamente, um *direito subjetivo legítimo*, com exigência de efetividade, intrínseco ao critério fonte adotado”<sup>169</sup>.

Num primeiro momento, o réu e a acusação têm o direito de trazer as provas necessárias na busca de um consenso intersubjetivo acerca de suas alegações. Se a gestão da prova estiver nas mãos do magistrado, esta produção (pode-se dizer de um “processo concreto”) restará negada/deformada, porque o juiz sairá de sua pretendida posição passiva para uma posição ativa (e nociva) na construção do consenso intersubjetivo. Por evidente que não haverá consenso intersubjetivo ou sequer a possibilidade de se falar dele.

Com este primeiro momento negado, todos os outros também o serão, como uma cadeia contínua. Assim, o segundo momento (pode-se dizer de reprodução do “processo concreto”) também será negado, porque se houve interferências do magistrado no momento da produção, as argumentações acerca das provas também restarão, de plano, afetadas pela posição ativa do magistrado. Por fim, no momento do desenvolvimento da vida concreta, se o magistrado

---

direito seja dupla: de um lado, a função é de *conservação* onde a vida está *afirmada*; e, de outro, a função é de *transformação* onde a vida está *negada*.” (LUDWIG, Celso Luiz. **A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 41, Curitiba, 2004, p. 42)

<sup>167</sup> LUDWIG, C. L. **A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos**. In: Revista da Faculdade de direito da UFPR, n. 41. Curitiba: SER/UFPR, 2004, p. 32.

<sup>168</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>169</sup> LUDWIG, C. L. Idem, p. 33.

interferiu nos dois momentos anteriores, no que diz respeito à produção de provas, é porque buscava uma fundamentação (ou melhor, uma justificativa) para o que se sabe fruto de uma decisão *a priori*: a negação da vida concreta na esteira de uma sentença condenatória, como se dá, nestes casos, via de regra<sup>170</sup>. Isto porque, de acordo com a máxima *in dubio pro reo* e de acordo com a presunção de inocência, dúvida significa absolvição e, para absolver um réu, não há necessidade de uma posição ativa do magistrado na fase instrutória; esta posição só encontra guarida para fundamentar uma condenação, mas nunca uma absolvição.

Desta forma, para que o imputado figure faticamente como um “sujeito concreto do processo”, o juiz não deve se esquecer de que:

“Toda acción del sujeto humano, inevitablemente y sin excepción, es una manera concreta de cumplir con la exigencia de la producción, reproducción o desarrollo de la vida humana, desde cuyo fundamento material pueden desarrollarse ordenes éticos, que se abren como alternativas concretas de desarrollo de la vida (proyectos concretos de ‘buena vida’ mejores y posibles).”<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 511: “Não há nenhum exagero ao se afirmar que o sistema inquisitório busca um determinado resultado (condenação). Basta compreender como funciona sua lógica. Ao atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – opera-se o *primato dell’ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranóicos.”

<sup>171</sup> DUSSEL, E. **Hacia ... Op. cit.**, p. 123.

### 3. A PROVA COMO LIMITADORA DA “VERDADE” CONSTRUÍDA POR MEIO DO PROCESSO: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS, INFRACONSTITUCIONAIS E DO MAGISTRADO

Analizando-se a prova essencialmente sob a ótica dos paradigmas da linguagem e da consciência, percebeu-se a sua “falibilidade” enquanto meio para se atingir uma verdade por meio do processo. Destarte, propugnou-se uma ampla possibilidade de produção de provas ao réu e à acusação em processos criminais, afastando-se o juiz desta atividade.

Deve-se perceber que apesar de o réu apenas conseguir estabelecer uma comunicação efetiva no processo através de uma ampla garantia probatória, e que a função do juiz nessa toada é a de garante do cidadão (deve ele garantir ao réu amplas possibilidades de fala, ou seja, deve tomar o réu como igual, permitindo-lhe trazer em juízo as provas que entender necessárias), sem ingerências nessa atividade exclusiva das partes, existem limites a esse direito à prova, assim como a todos os outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico:

“O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.”<sup>172</sup>

O que se deve questionar, entretanto, não é se devem ou não existir limites ao *ius probandi* das partes, questão esta já superada, mas sim quais limites devem ou não ser aceitos no processo penal de índole garantista e que respeite as liberdades individuais do cidadão. Para tanto, imperioso seguir a hierarquia das leis, analisando-se inicialmente a Constituição da República, visto que as normas somente serão válidas quando estiverem conforme os ditames constitucionais<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

<sup>173</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 330: “A validade da norma inferior é fundamentada pela

Após uma análise das normas relativas ao direito à prova, constantes do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, devem-se analisar os limites existentes na legislação infraconstitucional<sup>174</sup>, confrontando-os com os ditames constitucionais.

Desta maneira, na análise da legislação constitucional e infraconstitucional, Geraldo PRADO observa haver aspectos objetivos e subjetivos no tocante à questão da prova:

“A restrição relativa aos meios de prova, no processo penal, tem a ver com o conjunto de valores sociais considerados conforme o estatuto ético da sociedade. Do ponto de vista objetivo, a proibição de provas exprime as hipóteses de violação a este estatuto ético, previsto principalmente na Constituição. Desse modo, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos conforme a idéia de que o meio utilizado para a obtenção da prova viola valores éticos mínimos considerados essenciais para a existência de uma sociedade civilizada, ou, usando a expressão de Schmidt-Leichner, *o Estado não pode se tornar receptor de material probatório*. Do ponto de vista objetivo, há um limite, tradicionalmente investigado: a prova ilícita não pode ser introduzida no processo. Caso seja introduzida, não poderá ser avaliada pelo juiz porque o Estado não pode atuar criminosamente para investigar o crime. Do ponto de vista subjetivo, ninguém, nem mesmo o juiz, pode ter a pretensão de dominar toda a realidade, de enunciar a *verdade real*. A atividade de busca da verdade processual deve se desenvolver de acordo com princípios republicanos e democráticos.”<sup>175</sup>

Os limites subjetivos, que dizem com a (im)possibilidade de obtenção da verdade real pelo processo, já foram analisados anteriormente. Cabe-nos, assim, analisar quais são os limites objetivos à atividade probatória, ou seja, quais os limites que advêm do “estatuto ético” mencionado por Geraldo PRADO e que se encontram basicamente na Constituição da República.

---

validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi *produzida* como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas.”

<sup>174</sup> Como há um sem número de leis esparsas que contêm regramentos sobre o direito à prova, restringir-se-á o objeto do presente trabalho apenas àquelas constantes do CPP, que já servirão para o propósito do presente ensaio, qual seja, demonstrar a existência de leis flagrantemente inconstitucionais, que garantem poderes instrutórios ao juiz e, conseqüentemente, afrontam o princípio dispositivo, que propugna por um processo de cariz acusatório.

<sup>175</sup> PRADO, G. **Sistema ... Op. cit.**, p. 131.

Por fim também serão discutidos os limites humanos da pessoa que deve analisar o conjunto probatório, ou seja, os limites que o destinatário da prova possui. São estes os limites do juiz, que encontra, de plano, em todos os processos nos quais atue, uma primeira e intransponível dificuldade:

“Uma primeira e essencial dificuldade que se coloca ao juiz, na busca de um conhecimento verdadeiro a respeito dos fatos que serão levados em conta na decisão, é representada pela impossibilidade de observação direta dos mesmos (...) a atividade de investigação judicial se dirige a acontecimentos passados, cuja reconstituição somente pode ser alcançada a partir de meios indiretos.”<sup>176</sup>

Em suma, serão três os limites estudados nos próximos dois capítulos do presente texto, e que versam diretamente sobre a Constituição da República, a legislação processual penal e o a condição do magistrado.

### 3.1. DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

#### 3.1.1. OS LIMITES ADVINDOS DOS CÂNONES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Com o advento da Constituição, em 1988, houve uma conseqüente constitucionalização dos direitos, segundo a qual os diversos ramos do ordenamento jurídico devem ter como norte as regras constitucionais, bem como as regras infraconstitucionais devem ser lidas à luz da Constituição.

Como observado anteriormente, os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação à prova advém tanto da Constituição como de leis infraconstitucionais (principalmente contidas no CPP).

Os limites existentes no âmbito constitucional, não somente no que tange ao direito à prova, mas tomando o processo penal de índole garantista, advêm como forma de se observar princípios fundantes propugnados pela Magna Carta,

---

<sup>176</sup> GOMES FILHO, A. M. **Direito ... Op. cit.**, p. 44.



haja vista, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. São, portanto, imprescindíveis<sup>177</sup>.

Desta forma, “a concepção de um processo penal sem freios e travas encontra-se divorciada de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, não se compaginando, ademais, com ditames ínsitos ao atual estágio vivenciado pelo direito processual penal”<sup>178</sup>. “Destarte, valores como a dignidade da pessoa humana, a licitude dos meios probatórios, a inviolabilidade domiciliar, o segredo profissional etc., por sua própria carga de relevância jurídica, antolham-se como óbices, absolutos ou relativos, à perquirição penal da verdade no processo”<sup>179</sup>.

Basicamente, os principais limites à atividade probatória constantes da Constituição da República são os seguintes: art. 1º, III<sup>180</sup>; art. 5º, III<sup>181</sup>, LVI<sup>182</sup> e LXIII<sup>183</sup>, CR/88. São dispositivos que asseguram, em linhas rasas, a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura (seja como meio de prova, seja a qualquer outro propósito), a inadmissibilidade da prova ilícita no processo e o direito a não auto-incriminação.

Percebe-se que, pela posição em que se encontram arrolados esses dispositivos, constituem o “núcleo duro” da Constituição da República (cláusulas pétreas), configurando direitos fundamentais do cidadão. De acordo com José Afonso da SILVA, os direitos fundamentais “visam essencialmente definir e

---

<sup>177</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152-153: “O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando limites. (...) É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em absoluto, em face da natural resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuam a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.”

<sup>178</sup> ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 54.

<sup>179</sup> ARAÚJO, J. O. C. Idem, p. 55.

<sup>180</sup> Art. 1º, III, CR/88: “A República Federativa do Brasil (...), constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

<sup>181</sup> Art. 5º, III, CR/88: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

<sup>182</sup> Art. 5º, LVI, CR/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

<sup>183</sup> Art. 5º, LXIII, CR/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Revelam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais.”<sup>184</sup>

Desta maneira, “na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos”<sup>185</sup>. Deve-se, assim, analisar cada uma dessas garantias e cotejá-las com o direito à prova no processo penal.

Acerca da dignidade da pessoa humana, pondera Nicola ABBAGNANO:

“Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio” (...). Esse imperativo estabelece que todo o homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. (...) Substancialmente, a Dignidade de um ser racional consiste no fato de ele “não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A mortalidade, como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da Dignidade do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço.”<sup>186</sup>

Confundindo-se, portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana como um princípio ontológico, incido ao sujeito, não resta nenhuma dúvida de que o processo penal está adstrito a tal princípio, tendo-se em vista que o processo nada mais é do que a própria discussão da “vida” ou da “morte” do imputado, na esteira de uma sentença absolutória ou condenatória, tratando-se assim de um instrumento democrático que não deve permitir a barbárie.

---

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 94.

<sup>185</sup> PRADO, G. **Sistema ... Op. cit.**, p. 47.

<sup>186</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276-277.

Já a vedação da tortura, que advém como direito fundamental, deve ser entendida como impossível (e imprestável) para ser utilizada no processo penal. Veja-se a explicação de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a partir das anotações de Pietro Verri:

“Qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o *desejo de que a dor pare*. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil tortura-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido.”<sup>187</sup>

Portanto, percebe-se não apenas a imprestabilidade da tortura como meio a se obter a verdade (visto que a confissão obtida por meio da tortura é apenas um alento para o torturado, e não a garantia da descoberta do verdadeiro autor de um possível crime), mas também como meio que fere a dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física e psíquica do torturado. Trata-se de meio inócuo para a obtenção de qualquer juízo, seja de verdade ou de certeza, porque o preço a pagar é muito grande e a civilização não a tolera, embora até se possa por ela chegar a alguma conclusão, embora, como verdade, sempre parcial. Destarte, com a tortura nada se descobre, mas apenas justifica-se.

Já a respeito da vedação de provas ilícitas<sup>188</sup>, mesmo apesar da previsão constitucional, alguns doutrinadores vêm admitindo a sua utilização, quando esta prova seja favorável ao réu e não se tenha outro meio para a produção daquela prova. Isto porque tal preceito constitucional não deve ser tomado de forma absoluta e, quando se está em jogo a licitude da prova e a liberdade do cidadão, este último direito deve prevalecer em detrimento daquele<sup>189</sup>. Trata-se, para

---

<sup>187</sup> COUTINHO, J. N. M. **O papel ... Op. cit.**, p. 28-29.

<sup>188</sup> É ilícita qualquer prova obtida com violação às regras Constitucionais.

<sup>189</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 238: “O perigo, note-se bem, é que esse discurso de verdade real é frequentemente utilizado para fundamentar a relativização de certas garantias, como a que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Digamos, por exemplo, que chegou ao conhecimento de um

alguns, do princípio da proporcionalidade<sup>190</sup>, que seria aplicado quando em jogo o *status libertatis* do réu e a prova ilícita:

“Há, todavia, pelo menos uma hipótese em que essa aplicação da teoria da proporcionalidade estaria conforme uma dogmática garantista da prova penal: trata-se das hipóteses de provas ilícitas obtidas em favor do réu. Nesse caso, evidentemente, não há falar em banalização dos direitos e garantias individuais, já que nesses casos prevalecerão, sobre qualquer outro valor, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Outrossim, o próprio órgão estatal da persecução penal terá interesse na absolvição do acusado para evitar, assim, a impunidade do *verdadeiro culpado*.”<sup>191 192</sup>

Em síntese, portanto, entende-se plausível a sua aceitação apenas nos casos em que esta favoreça o réu<sup>193</sup>, e quando não se possa provar por outros meios lícitos.

---

juiz a notícia de que o acusado realmente cometeu um crime bárbaro, mas essa informação veio através de uma escuta telefônica clandestina. Tudo bem, a prova foi obtida por meios ilícitos, mas, com base na verdade real ...”.

<sup>190</sup> Em realidade, entende-se não ser pelo “princípio da proporcionalidade” que se “afasta”, ou que se “sopesam” o direito à liberdade e a vedação à prova ilícita, prevalecendo aquele sobre esta. Aqui há, antes de tudo, um conflito aparente de regras. Neste conflito, prevalece a regra que beneficia a dignidade da pessoa humana (como princípio ontológico) sobre qualquer outra que dela decorrer. Outrossim, princípios como “razoabilidade”, “proporcionalidade”, etc., dizem ao mesmo tempo tudo e nada, visto se tratarem de conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, pela linguagem, tais princípios podem ser manipulados de forma a se tomar decisões (acertadas) como a aceitação de provas ilícitas que beneficiem o réu, ou sustentarem absurdos como a existência da verdade real no processo ou a concessão de poderes instrutórios ao juiz. Dessa maneira, não há de se ponderar provas obtidas por meios ilícitos e direito à liberdade do cidadão: o processo serve exatamente como garantia deste e, como tal, o seu *status libertatis* é sempre protegido quando este for inocente, não havendo nenhuma ponderação de princípios neste caso.

<sup>191</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 298.

<sup>192</sup> Destarte, consoante informam Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Scarance FERNANDES e Antonio Magalhães GOMES FILHO, “quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.” (GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades ... Op. cit.**, p. 162.).

<sup>193</sup> Há uma outra discussão na doutrina acerca das chamadas provas ilícitas por derivação, teoria esta advinda da teoria da árvore dos frutos envenenados, forjada pelo direito anglo-saxão. Não se tratando o objetivo específico do presente trabalho esta questão, cabe apenas mencionar posição doutrinária sobre o tema (GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades ... Op. cit.**, p. 162-163): “(...) é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.”

Por fim, extrai-se “da cláusula de ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo.”<sup>194</sup>

Como corolário dessa regra advém o direito ao silêncio do acusado, ou seja, a idéia de que o silêncio em juízo (no interrogatório) deve ser interpretado pelo juiz como um nada jurídico, como um “não ser”, e não como fundamento para uma condenação ou para prejuízo do imputado. Desta maneira, o réu tem o direito fundamental de permanecer calado, sem que isso o prejudique em juízo. É desta forma que Aury LOPES JUNIOR sintetiza tal preceito:

“O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça. Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois neste caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (...). O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de advertir o sujeito passivo de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas. Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional. O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual **o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico**

---

Mais uma vez, retorna-se à linguagem: o que é prova “absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas”? Assim, a melhor posição seria não aceitar nenhuma prova derivada, a tentar achar critérios (ou seriam justificativas?), para a aceitação desta e não daquela determinada prova que deriva de uma prova ilícita.

<sup>194</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 292.

**por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.”<sup>195</sup>**

Não se deve olvidar, por fim, que apesar de limites concretos à obtenção de qualquer verdade no processo, constituem tais limites (constitucionais) verdadeiros direitos e garantias ao imputado, de forma que são imprescindíveis para que se concretize um devido processo legal constitucional, de índole acusatória e garantista.

### 3.1.2. OS LIMITES ADVINDOS DO CPP QUE SUSTENTAM UM SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO

Após analisadas as principais regras constitucionais que, de certa maneira, impedem a obtenção de qualquer verdade no processo, mas que são necessárias para garantia do cidadão, passa-se agora à análise das regras constantes do CPP relativas à prova e que limitam a obtenção da verdade.

Neste sentido, vários são os dispositivos que versam acerca da prova no CPP. Entretanto, tendo-se em vista a grande dificuldade em analisar todos os dispositivos, buscar-se-á apenas mostrar quais limites estão ou não em consonância com a Constituição e com um modelo acusatório de processo penal.

Para tanto, toma-se mais uma vez como marco teórico fundamental as ponderações de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, acerca dos princípios inquisitivo e dispositivo, relativos aos sistemas processuais:

“a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador.”<sup>196</sup>

Segundo o critério adotado por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal

---

<sup>195</sup> LOPES JUNIOR, A. **Introdução ... Op. cit.**, p. 236-237.

<sup>196</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução ... Op. cit.**, p. 165.

característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador.”<sup>197</sup> <sup>198</sup> Por seu turno, “no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto.”<sup>199</sup> <sup>200</sup>

Também se deve mais uma vez tomar como base o critério de hierarquia das normas, que propugna a leitura do CPP sempre à luz dos preceitos constitucionais. Neste sentido, a Constituição adota como princípio unificador o dispositivo, donde se conclui que o modelo de processo penal a ser adotado no Brasil é o acusatório. Não é isso que se observa no Brasil, entretanto, consoante análise de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

“pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato

---

<sup>197</sup> COUTINHO, J. N. M. Idem, p. 166.

<sup>198</sup> José António BARREIROS admite outras características que diferenciam os sistemas acusatório e inquisitório, que são, porém, características secundárias. Assim, o sistema acusatório possui como órgão julgador assembleias ou jurados populares; autor o réu estão em posição de igualdade; o processo é oral, público e contraditório; vige o princípio da livre convicção em matéria probatória; a sentença faz coisa julgada. Já no sistema inquisitório, o órgão julgador consiste em magistrados ou juízes permanentes; o juiz investiga, dirige acusa e julga, numa posição de superioridade face ao arguido; a acusação é *ex officio*, admitindo-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não contraditório; a prova é tarifada e a sentença não faz coisa julgada. (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**, Coimbra, 1981, p. 13).

<sup>199</sup> COUTINHO, J. N. M. C. **Introdução ... Op. cit.**, p. 166.

<sup>200</sup> Sobre os sistemas processuais penais, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO pondera que “todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um *terceiro sistema*, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjugação dos outros dois, *mas não tem um princípio unificador próprio*, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só *formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema*, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu *princípio unificador (...)*” (COUTINHO, J. N. M. **O papel ... Op. cit.**, p. 17-18).

de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.”<sup>201 202</sup>

Tomando como base as premissas acima trazidas, deve-se agora esclarecer quais são os limites à atividade probatória das partes existentes no CPP (e se realmente devem existir tais limites), além daqueles existentes no ordenamento jurídico-constitucional, e que já foram discutidos. Isto porque os limites da lei que impõem óbices à prova penal e que devem existir na sistemática processual são somente aqueles advindos dos direitos e garantias *fundamentais* preconizadas pela Constituição. São, portanto, regras que buscam efetivar um processo no qual às partes se assegurem direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Destarte, somente devem existir limites no CPP que garantam o princípio instrumental (ou princípio da instrumentalidade), segundo o qual “o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto.”<sup>203</sup>

Assim, para que o imputado tenha pleno acesso ao Judiciário (entendido no processo penal a referida expressão como plena possibilidade de se defender, sem ingerências do juiz na atividade probatória das partes), conclui-se que no CPP devem constar apenas limites relativos à forma e ao tempo de apresentação do material probatório<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução ... Op. cit.**, p. 167.

<sup>202</sup> Aury LOPES JUNIOR define o sistema processual penal brasileiro atual como neoinquisitorial: “Classificamos de **neoinquisitorial**, pois é uma inquisição reformada, na medida em que ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria a noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.” (LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 512).

<sup>203</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 48.

<sup>204</sup> TOURINHO FILHO, F. C. **Processo ... Op. cit.**, p. 223: “Às vezes, é o tempo que exerce influência na liberdade da prova. Assim, se o órgão da Acusação ou o querelante não arrolar testemunhas quando da oferta da denúncia ou queixa, nos termos do art. 41 do CPP, não mais poderá fazê-lo. Diga-se o mesmo a respeito da Defesa, se deixar de aproveitar a oportunidade de que trata o art. 395 do CPP. (...) Outras



Os limites relativos à forma são aqueles que informam o modo como a prova deve chegar ao processo, de acordo com as fases e ritos procedimentais. Exemplifica essa limitação o art. 158, CPP, que informa que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

Já no tocante aos limites de tempo, estes devem existir porque todo e qualquer direito está sujeito a prazos (é exatamente por isso que o ordenamento criou as figuras da prescrição e da decadência por exemplo) para serem exercitados, e não haveria de ser diferente com relação à produção de provas. Como exemplo, o art. 475, CPP (relativo ao Júri) propugna que “durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.”

### 3.1.3. QUAIS LIMITES PODEM (E DEVEM) SER ADOTADOS PELO DIREITO PROCESSUAL PENAL?

Estudados quais os limites existentes na Constituição e no CPP, o passo seguinte é a análise da quais limites devem existir na esteira de um processo penal acusatório e garantista. Propõe-se, aqui, uma síntese dos dois tópicos acima analisados.

Os limites da lei, que impõem óbices à prova penal e que devem existir na sistemática processual são aqueles advindos dos direitos e garantias *fundamentais* preconizadas pela Constituição. São, portanto, regras que buscam efetivar um processo em que às partes se assegure garantias fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa.

---

vezes, a lei impede que se produza determinada prova em certa fase procedimental; é o que ocorre nos processos de crimes da competência do Júri: na fase das alegações nenhum documento será juntado aos autos (CPP, art. 406, parágrafo 2º). O art. 475 do estatuto processual penal proíbe a leitura em plenário de documento cujo conteúdo não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência mínima de 3 dias, se relacionado com o fato objeto do processo.”

Neste sentido, o ordenamento jurídico, ao tratar das garantias individuais do ser humano, enquanto sujeito de direitos, e do suposto “processo justo”, privilegia aquelas em relação a este, entendendo que as garantias individuais asseguradas constitucionalmente devem prevalecer em detrimento de uma “segurança jurídica”<sup>205</sup> proporcionada por um processo que nem sempre é tão justo quanto parece.

Assim, a título exemplificativo, dispositivos que vedam a prova ilícita (excetuando-se aquela que beneficie o imputado) e que prevêm a inviolabilidade domiciliar, sigilo das comunicações telefônicas, entre outros, devem ser recepcionados pelo sistema, como forma de observação dos cânones constitucionais *fundamentais*, em que pese a limitação da prova e da “verdade” construída no processo penal. Esta é a tese defendida, entre outros, por José Osterno Campos de ARAÚJO:

“o balizamento limitador consubstanciado em regras ético-jurídicas **inarredáveis** evidencia a imprestabilidade do critério da verdade real, tida como correspondência irrestrita aos fatos, mesmo porque hipóteses há em que valores outros de maior relevância, como a dignidade humana, a licitude dos meios probatórios, a vedação da revisão criminal *pro societate* etc., findam por afastar, como solução de justiça, dita verdade real do processo penal, abrindo-se ensejo, pois, a uma verdade processualmente válida.”<sup>206</sup>

No que tange aos limites da lei impostos à atividade probatória das partes e que devem ser repelidos pelo sistema jurídico-processual, encontram-se aqueles que, a pretexto de sustentarem um sistema processual penal acusatório, nada mais são do que regras que ceifam a liberdade probatória das partes, cedem poderes quase que irrestritos ao julgador e sustentam “a máscara ficcional que

---

<sup>205</sup> O mito da segurança jurídica é devidamente desvelado por Marco Aurélio MARRAFON: “não existe segurança jurídica à medida que o direito é aplicado e trabalhado por pessoas as quais, acima de tudo, são humanas e ao interpretar a norma, reconstroem com ela sua visão de mundo, o que também atinge a imparcialidade e a neutralidade dos julgadores.” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Uma crítica a três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, Porto Alegre, 2001, p. 334).

<sup>206</sup> ARAÚJO, J. O. C. **Verdade ... Op. cit.** p. 155.

edifica concretas estruturas inquisitórias”<sup>207</sup>, totalitaristas e antidemocráticas. Essas regras nada mais são do que entes que primam pela manutenção de um processo elitista que, de garantista e/ou acusatório, leva apenas o nome.

Exemplificam esse rol de regras a serem banidas do ordenamento jurídico processual penal, dispositivos que permitem ao juiz deferir ou indeferir provas lícitas trazidas em juízo pelas partes, bem como produzir as provas que entenda necessárias ao processo (ou seja, permite ao juiz a gerência e a ingerência na atividade probatória das partes). Neste sentido, veja-se o entendimento de Aury LOPES JUNIOR acerca do art. 156, CPP<sup>208</sup>:

“Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.”<sup>209 210</sup>

## 3.2. DA CONDIÇÃO DO JULGADOR

### 3.2.1. A (SUPOSTA) NEUTRALIDADE DO JUIZ

Para estudar a (im)possibilidade de se ter um juiz neutro no processo, deve-se passar inicialmente por um breve estudo da inexistência da neutralidade em qualquer seara do saber científico. Para tanto, os ensinamentos de Agostinho Ramalho MARQUES NETO serão de extrema importância. Ao tecer críticas ao empirismo e ao racionalismo, extrai como antítese o que se chama modernamente de epistemologia dialética:

---

<sup>207</sup> PRADO, Geraldo. *Apresentação*. In: DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xii.

<sup>208</sup> Art. 156, CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

<sup>209</sup> LOPES JR, A. **Introdução ... Op. cit.**, p. 175.

<sup>210</sup> Sobre o dispositivo discutido, Fauzi Hassan CHOUKR comenta que “a disciplina constitucional exige a releitura do artigo em comento (...), sob o risco de, em não o fazendo, tornar-se letra morta a presunção de inocência, fundamento maior do relacionamento do acusador público para com a prova.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários e crítica jurisprudencial**, 2. ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 317).

“O processo de reconstrução é inerente ao ato cognitivo: o sujeito não vai *em branco* observar o objeto. *Quem não sabe não pesquisa*. Ele leva consigo todo um conhecimento já acumulado historicamente e tenta superá-lo para construir conhecimentos novos. E mais: se é sobre o objeto de conhecimento que recaem todas as pesquisas, é claro que o *sujeito constrói seu próprio objeto*. A preocupação do pesquisador, antes de ser real, é teórica. Os *dados* que ele coleta e procura explicar não são absolutamente puros, porque obtidos em função do referencial teórico e metodológico que norteia toda a sua pesquisa. É por isso que os epistemólogos dialéticos costumam sustentar que o *dado não é dado: é construído*. E justamente porque construído, é essencialmente *retificável*. Todas as *verdades*, inclusive as científicas, são aproximativas e relativas; são parcialmente verdade e parcialmente erro. A dialética destrói, desta maneira, um dos mitos do positivismo: o mito do *cientificismo*, segundo o qual o conhecimento científico expressa verdades absolutas e inabaláveis e, por isso, constitui a forma válida por excelência de conhecer. Outro mito positivista que a dialética destrói, é o da *neutralidade científica absoluta* (...). Como pode ser absolutamente neutro o cientista, se observa o real à luz de um referencial teórico que, por sua vez, não é neutro, e se constrói, ele próprio, seu conhecimento?”<sup>211</sup>

Em suma, não há conhecimento científico neutro, tendo-se em vista que este conhecimento será produzido por seres humanos (ideológicos por natureza), sempre com base em teorizações de conteúdo axiológico<sup>212</sup>.

Este desvelamento da neutralidade não importa em dizer que no saber científico “tudo cabe” ou “tudo pode”: “Não queremos dizer com isso que as ciências constituem meros sistemas arbitrários, variáveis ao sabor do gosto e das preferências de cada pesquisador. Longe de nós tal idéia! As ciências contam com instrumentos rigorosos – conquanto retificáveis – que permitem avaliar não só a coerência lógica de suas proposições teóricas como também a adequação destas

---

<sup>211</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 11.

<sup>212</sup> MARQUES NETO, A. R. Idem, p. 44-46: “O conhecimento científico, por ser produto de um trabalho de construção ao nível da teoria, não pode deixar de ser condicionado pelos valores e pela ideologia dominantes no momento histórico concreto em que é elaborado. (...) Todo trabalho científico decorre de um processo de *escolha*, em que o pesquisador considera certos aspectos da realidade mais importantes do que outros, o que implica numa *valoração do objeto*. (...) O cientista só poderia ser absolutamente neutro se conseguisse anular-se completamente no trabalho de pesquisa, isto é, se lhe fosse possível agir como uma *máquina fotográfica* que simplesmente registrasse os fatos. Mas então ele não seria verdadeiramente um cientista, porque, limitando-se a descrever, negligenciaria o aspecto *explicativo*, que é característico das teorias científicas. A rigor, nem mesmo uma descrição pura e neutra ele conseguiria fazer porque descrever alguma coisa implica em *interpretá-la*, isto é, acrescentar-lhe algum conteúdo.”

às realidades que elas tentam explicar. O que afirmamos é que o sistema de valores ideológicos e políticos *condiciona*, embora nem sempre determine, a produção das teorias científicas.”<sup>213</sup>

Com a superação da neutralidade científica em qualquer área do saber, deve-se agora analisar a impossibilidade de haver um juiz neutro no processo, ou seja, analisar a impossibilidade de neutralidade na seara processual penal. Juntamente a tal constatação, concluir-se-á que essa impossibilidade também se afigura como uma limitação à obtenção da verdade por meio do processo. Por fim, deve-se tecer uma distinção entre a neutralidade e o princípio da imparcialidade, relativo à jurisdição.

A impossibilidade em se ter um juiz neutro é devidamente explicitada por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, que analisa a questão diferenciando neutralidade de imparcialidade. Suas considerações passam, inicialmente, pela discussão acerca do conceito de método proposto pelo empirismo, que pregava a possibilidade de desvinculação do homem, enquanto cientista, de se abster de suas crenças nas relações de conhecimento<sup>214</sup>.

Contudo, a noção disseminada pelo empirismo ruiu com o advento das modernas teorizações epistemológicas: “as epistemologias contemporâneas, principalmente as críticas, vêem o sujeito do conhecimento como um agente participativo, construtor da realidade, que não tem mais motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se, então, insustentável a tese

---

<sup>213</sup> MARQUES NETO, A. R. Idem, p. 46.

<sup>214</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução ... Op. cit.**, p. 169: “Durante determinado período da história do pensamento, acreditou-se que era possível ao homem, enquanto sujeito cognoscente, anular-se completamente nas relações de conhecimento. Com isto, procurava-se obter um tipo de saber que não estivesse eivado de qualquer imperfeição humana. Daí o método perfeito para a consecução deste desiderato, proposto pelo empirismo. Para este, o método consiste em um conjunto de procedimentos que por si mesmos garantem a cientificidade das teorias elaboradas sobre o real. Como o sujeito se limitaria a captar o objeto, essa captação seria tanto mais eficaz e neutra quanto mais preciso e rigoroso fosse o método utilizado. Assim, a elaboração científica se limitaria ao cumprimento rigoroso de certas técnicas preestabelecidas, que conferiam o poder quase miraculoso de conferir cientificidade aos conhecimentos elaborados através delas.

A busca desta neutralidade do sujeito tinha alguns motivos determinantes: 1º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos (...); 2º, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser “iguais” e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3º, a urgência em ocultar que os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo.”

da neutralidade do sujeito e vige, para todos os efeitos, a idéia da dialética da participação.”<sup>215</sup>

Essa postura ativista do sujeito cognoscente também é observada na figura do juiz que, a par de ter suas próprias ideologias, deve reconhecer que o direito é um instrumento social eminentemente ideológico<sup>216 217</sup>.

Quebrando-se o mito da neutralidade, exige-se do juiz uma postura ideológica e uma clara atenção às aspirações sociais, na síntese de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

“não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a *neutralidade*, mas a *clara assunção de uma postura ideológica*, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo *domínio da dogmática*, apreendida e construída na base da *transdisciplinariedade*.”<sup>218</sup>

Não existindo, portanto, neutralidade na figura do julgador, passa-se agora a estudar o princípio da imparcialidade, visto que muitas vezes confundido com a questão da neutralidade:

“Não se deve de modo algum confundir a imparcialidade do juiz, que se refere ao objeto do litígio e às pessoas nele envolvidas, com a neutralidade em face dos valores. ‘Toda neutralidade’ é filha do *statu quo*, pois lhe dá campo livre, enquanto se recusa a tomar atitude.”<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> COUTINHO, J. N. M. Idem, p. 171.

<sup>216</sup> COUTINHO, J. N. M. **O papel ... Op. cit.**, p. 46: “Não bastasse estas afirmações para afastar o primado da *neutralidade do juiz*, urge reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico.”

<sup>217</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 21-22: “Percebe-se que a cisão do discurso jurídico é em verdade efeito de uma concepção do direito, de seu ensino e de sua investigação que, em nome da ‘neutralidade científica’ – diga-se da acomodação ao poder dominante, seja ele qual for –, vira as costas para a história e para os interesses e valores que reclamam tomadas de posição, opções, engajamentos e não uma neutralidade que não existe e não é desse mundo.”

<sup>218</sup> COUTINHO, J. N. M. **O papel ... Op. cit.**, p. 47-48.

<sup>219</sup> AZEVEDO, P. F. **Crítica ... Op. cit.**, p. 76.

Aury Lopes JUNIOR, estribado em Werner Goldschmidt, assevera que “o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica de adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *impartial* substitui a autonomia das partes (...) A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva”<sup>220</sup> Este princípio, consoante Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.”<sup>221</sup> “Ademais, compondo a relação processual, o juiz é sujeito de direitos, mas também se subordina aos interesses dos cidadãos enquanto partes, ou seja, possui *direitos e deveres*, a par do *poder* que é inerente à função jurisdicional. Sua posição na relação processual é de órgão *super partes*. Entretanto, deve-se ter em conta que tal situação não significa que ele está acima das partes, mas que está *para além dos interesses* delas. É uma figura imparcial (...). Neste sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado. É por tal razão que se fala em Estado-juiz. Assim, não se pode dizer que o juiz é um representante do Estado, mas um *órgão* dele e, deste modo, é o Estado, *presentando-o*.”<sup>222</sup>

Exatamente por se tratar de uma *meta optata*, a imparcialidade, assim como a neutralidade, é uma figura que não existe ontologicamente no julgador. A neutralidade é impossível, e a imparcialidade é desejável, mas inalcançável:

*“é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura o juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história.”*<sup>223</sup>

### 3.2.2. A APREENSÃO E A INTERPRETAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ

---

<sup>220</sup> LOPES JUNIOR, A. *Introdução ... Op. cit.*, p. 84-85.

<sup>221</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução ... Op. cit.*, p. 173.

<sup>222</sup> COUTINHO, J. N. M. *O papel ... Op. cit.*, p. 11.

<sup>223</sup> COUTINHO, J. N. M. *Idem*, p. 15.

Tomando como base a inexistência de neutralidade e de imparcialidade na figura do juiz, mostrar-se-á de que forma estes fatores impedem um processo pautado pelo mito da verdade, mormente no que tange à apreciação e interpretação da prova pelo magistrado<sup>224</sup>.

Desta forma, identificam-se limites humanos, que se referem à condição do julgador quando da apreciação do material probatório. São limites intransponíveis, porque dizem com “a limitação e a falibilidade, características inerentes à condição humana dos operadores jurídico-processuais, [que] impossibilitam o atingimento, no processo, ou mesmo em qualquer outra seara do conhecimento, da verdade absoluta, pura ou ontológica, a qual pertence, única e tão-somente, a Deus.”<sup>225</sup>

No que tange ao processo penal, “uma primeira e essencial dificuldade que se coloca ao juiz, na busca de um conhecimento verdadeiro a respeito dos fatos que serão levados em conta na decisão, é representada pela impossibilidade de observação direta dos mesmos”<sup>226</sup>.

Em relação à prova processual penal, as limitações impostas pela condição humana do julgador refletem-se desde a apreensão e interpretação pelo juiz do aparato probatório trazido em juízo pelas partes<sup>227</sup>, passando também pela condição psicológica do julgador, seus valores políticos, religiosos, sociais, éticos, que acabam influenciando no julgamento<sup>228</sup>. Nesta ótica, a visão da neutralidade do juiz também é quebrada, visto que qualquer julgamento “implica a incorporação prévia do julgador a um partido ideológico-filosófico”<sup>229</sup>. Ademais, deve-se ressaltar

---

<sup>224</sup> GOMES FILHO, A. M. **Direito ... Op. cit.**, p. 43-44: “No âmbito processual (...) a possibilidade de se obter, através dos mecanismos probatórios, uma reconstrução dos fatos que corresponda efetivamente à realidade parece inatingível.”

<sup>225</sup> ARAÚJO, J. O. C. **Verdade ... Op. cit.**, p. 155.

<sup>226</sup> GOMES FILHO, A. M. **Direito ... Op. cit.**, p. 44.

<sup>227</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 226: “(...) veja-se que a multiplicidade de meios de prova acaba por fazer surgir a possibilidade de dissenso (antinomias) entre os diversos elementos de informação deles decorrentes, donde a necessidade de sopesá-los, confrontá-los, valorando uns em detrimento de outros, dando ensejo, assim, no âmbito da doutrina processualista, aos diversos sistemas de apreciação e valoração da prova.”

<sup>228</sup> AZEVEDO, P. F. **Crítica ... Op. cit.**, p. 71-72: “Em suma, o direito há de ser visto no mundo, com todas as suas inter-relações e interações, [sob] pena de, desnaturando-o, desumanizar-se o jurista, o juiz e a função judiciária. (...) O que se faz necessário é que, abrindo-se ao mundo, possa o juiz apurar sua sensibilidade crítica mediante a observação e a reflexão do inter-relacionamento humano sob suas múltiplas perspectivas.”

<sup>229</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34-35.



“as condicionantes psicológicas, psicossociais e culturais que podem intervir [interferem] no julgamento”<sup>230 231</sup>.

Com relação aos limites da condição humana do juiz, que influenciam na apreciação do material probatório, a tese sustentada por Francisco das Neves BAPTISTA parece convergir para com o pensamento aqui adotado:

“A convicção da existência de processos internos de percepção estranhos às regras de raciocínio somente impõem a intromissão de questões psicológicas na investigação gnoseológica, pelo menos no que respeita à origem do conhecimento; as possíveis intuições profundas do psiquismo do sujeito não trazem consigo, necessariamente, a universalização do objeto porventura conhecido.”<sup>232</sup>

Percebe-se também, *a priori*, que “falar da verdade no Processo Penal desliza para um entrelaçamento com a psicanálise, apontando-se o papel do inconsciente na produção final da decisão judicial, sem que esse inconsciente, como os demais significantes psicanalíticos, possam ser percebidos de maneira ôntica ou coisificada, mas sim como estrutura construída desde dentro e na linguagem, como diz **Lacan**: ‘o inconsciente é estruturado como uma linguagem’”<sup>233</sup>.

A imbricação entre direito e psicanálise, contudo, demanda um estudo mais sofisticado das matérias e que não será possível neste estudo, sob pena de se fugir excessivamente aos escopos do presente trabalho. Entretanto, não se poderia furtar de mencionar os limites psíquicos do julgador, visto que são limites que devem ser conhecidos (apesar de não poderem ser dominados) pelos operadores do direito. Enfim, não se pode fazer de conta que estes não existem e não influenciam nas decisões. Pensar diferente disso é tentar enganar a si próprio.

---

<sup>230</sup> BAPTISTA, F. N. Idem, p. 35.

<sup>231</sup> LOPES JUNIOR, A. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 221: “o papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra sentença, que vem de ‘sententia’, que, por sua vez, vem de sententiando, gerúndio do verbo ‘sentire’, ensejando a idéia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente.”

<sup>232</sup> BAPTISTA, F. N. **O mito ... Op. cit.**, p. 22-23.

<sup>233</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 2.

Resta agora mencionar os alertas trazidos por Alexandre Morais da ROSA acerca da interligação direito/psicanálise:

“a compatibilização teórica de institutos jurídicos com a *psicanálise* não pode ser feita de maneira simples. (...) o *Direito* não é afeito a esse diálogo, pretendendo o domínio total pela racionalidade consciente. (...) apesar de o discurso psicanalítico não ser de todo aplicável ao Direito, nem por isto alguns de seus postulados, conceitos e impre(ci)ssões podem deixar de ser considerados no momento em que se estabelece, mesmo que parcialmente – o todo é demais –, a discussão sobre a maneira pela qual se tenta construir ou se descobrir a verdade no Processo Penal. Ao contrário, cada vez mais faz-se inafastável uma leitura cruzada, sob pena de se chegar a uma parcialidade que causa náuseas.”<sup>234</sup>

Feito este importantíssimo registro, cabe agora tratar do processo hermenêutico da prova<sup>235</sup>, processo interpretativo extremamente necessário, visto que a prova – representação de uma realidade passada –, deve ser traduzida para uma linguagem normativa e, por fim, para uma linguagem jurisdicional, como bem demonstra Elmir DUCLERC:

“o processo hermenêutico não se desenvolve na forma de uma tradução da língua normativa para a língua da realidade, mas como uma tradução em dois sentidos: uma primeira tradução, que vai da *língua normativa* para uma *língua jurisdicional* (hipóteses formuladas pelas partes sobre a realidade), e uma outra, que vai da *língua probatória* (reunião de dados sobre a realidade) para a *língua jurisdicional*.”<sup>236</sup>

Existem fases distintas, porém complementares e necessárias. Na primeira fase, “trata-se de duas línguas totalmente divergentes no que se refere às suas regras básicas. A primeira, dominada pela lógica do dever ser, e a segunda,

---

<sup>234</sup> ROSA, A. M. Idem, p. 1-2.

<sup>235</sup> DENTZ, G. A. A. **A persuasão ... Op. cit.**, p. 96: “No que tange à interpretação da prova, valemo-nos da teoria discursiva para viabilizar, no procedimento realizado em contraditório, o esvaziamento da pré-compreensão do julgador. É no discurso *processual* que a compreensão referente à prova torna-se intersubjetiva (entre os sujeitos processuais) e, portanto, legítima no contexto democrático. Pela argumentação discursiva e paritária dos interessados (afetados pela decisão) sobre a prova produzida, devem ser afastados os pré-juízos e preconceitos do julgador.”

<sup>236</sup> DUCLERC, E. **Prova ... Op. cit.**, p. 73-74.

dominada pela lógica do ser, de forma que a única maneira de fazer a tradução seria através de uma metalíngua, uma língua intermediária que permite a passagem de uma para outra, e reúne, dentre as suas regras, as que são básicas das línguas-objeto. Trata-se, como se disse, de uma língua *hermenêutica*, dominada pela lógica do chamado dever ser descritivo (...). Ou seja, essa língua hermenêutica teria por finalidade dizer o dever ser entendido, frente às hipóteses formuladas pelas partes, dessa ou daquela maneira. (...) no que se refere à segunda etapa do processo hermenêutico, ter-se-ia, de igual forma, uma tradução entre línguas estranhas no que se refere às suas regras básicas, reclamando uma terceira língua (língua hermenêutica da prova), que tornasse possível a passagem de língua probatória para a língua jurisdicional. Veja-se, contudo, que, em relação à língua probatória, a língua jurisdicional seria dominada pela lógica do dever ser (já que se postula, no âmbito do processo, a concretização de um dever ser normativo), ao passo que a segunda seria orientada pela lógica do ser. A terceira língua, portanto, a língua hermenêutica da prova, seria regida, também, por um dever ser descritivo, à medida que teria por escopo dizer o que deve ser entendido como provado (...).<sup>237</sup>

Não se trata, como bem lembram Lenio STRECK<sup>238</sup> e Giuliana Attademo DENTZ, de se afirmar que a prova (linguagem) seria algo que se coloca entre o juiz e o fato, ou entre o juiz e as partes:

“A prova é linguagem, como é linguagem o texto e a norma jurídica e, como tal, podem ser compreendidos. A prova está inserida, como também estão o fato e o sujeito, no mundo da linguagem. Não é algo que se coloca entre o juiz e o fato (contemplação do objeto pelo sujeito, identificada no paradigma da consciência), portador de um conhecimento essencial, metafísico.”<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> DUCLERC, E. Idem, p. 74-75.

<sup>238</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica ... Op. cit.**, p. 216: “Não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto. Linguagem não é ferramenta. Antes disto, linguagem é que é condição de possibilidade e constituidora do mundo.”

<sup>239</sup> DENTZ, G. A. A. **A persuasão ... Op. cit.**, p. 94.

Entendida a hermenêutica como filosofia e não como método, Hans-Georg GADAMER nos informa que os processos de tradução são sempre subjetivos, ou seja, sempre há uma fase informada pela subjetividade de quem interpreta, motivo pelo qual sempre existirão espaços para arbitrariedades no processo de tradução:

“o processo de linguagem no qual uma conversa realizada em duas línguas diferentes é possibilitado pela tradução e transposição acaba sendo particularmente instrutivo. Aqui, o tradutor precisa transpor o sentido a ser compreendido para o contexto em que vive o outro interlocutor. Mas é claro que isso não significa que possa falsear o sentido que o outro tem em mente. Ao contrário, o sentido precisa ser mantido, mas como ele deve ser compreendido num novo universo de linguagem, precisa ganhar validade de outra maneira. Por isso, toda tradução já é uma interpretação. Podemos dizer, inclusive, que ela é sempre a consumação da interpretação que o tradutor deu à palavra que lhe foi proposta.”<sup>240</sup>

O que se pode extrair disso é que toda tradução é parcial, porque o processo de tradução (assim como o de interpretação) tem, no mínimo, uma fase que podemos dizer subjetiva, ou seja, em qualquer processo hermenêutico ou de tradução temos os subjetivismos atuando, na tomada de posições, assunção de ideologias, etc<sup>241</sup>. Assim, “diante da prova, o juiz não pode ignorar sua pré-compreensão condicionante e que comporta elementos axiológicos. Contudo, além de seu reconhecimento, é exigência democrática seu esvaziamento pela argumentação discursiva.”<sup>242</sup>

É exatamente por isso que “as regras de interpretação da prova, face à realidade, não permitem ao intérprete chegar a uma interpretação verdadeira dos fatos, sujeita a processos rigorosamente lógicos de confirmação e refutação. Ao contrário, o que se percebe é que (...) existe uma passagem que resulta de puro arbítrio.”<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade ... Op. cit.**, p. 497-498.

<sup>241</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 235: “(...) por mais controlada que seja a atividade do juiz na cognição e na decisão sobre os fatos e sobre o direito, sempre lhe restarão parcelas de poder decisório submetidos unicamente à sua vontade.”

<sup>242</sup> DENTZ, G. A. A. **A persuasão ... Op. cit.**, p. 97.

<sup>243</sup> DUCLERC, E. **Prova ... Op. cit.**, p. 75-76.

É este arbítrio que deve ser percebido pelo juiz, juntamente com a idéia de que “as verdades (...) são sempre verdades argumentadas, ou seja, suscetíveis de ser manipuladas por quem tiver o melhor argumento.”<sup>244</sup> <sup>245</sup>

Aqui, deve-se tomar muito cuidado com o princípio do livre convencimento motivado do juiz, que adveio como solução para o sistema de vedação às provas legais ou tarifadas<sup>246</sup>, porém que pode ser utilizado como mero instrumento retórico para dar suporte a sentenças previamente formuladas (ou desejadas):

“Em que pese a afirmação da elaboradíssima teoria da relação processual, segundo a qual a verdade processual é extraída do exame das provas produzidas durante a instrução criminal, não á como negar que o fato *sub judice* é reconstruído discursivamente pelo juiz no momento de sentenciar e que essa reconstrução caracteriza-se pela seleção, avaliação e interpretação do material probatório que foi recolhido e acumulado ao longo de um complexo procedimento (...)

Isto é atividade indiscutivelmente retórica que exige hábil manipulação de um vasto instrumental fornecido pela legislação processual, pelas teorias da prova, pelas

---

<sup>244</sup> DUCLERC, E. Idem, p. 156-157.

<sup>245</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito ... Op. cit.**, p. 509: “É inafastável que o juiz ‘elege’ versões (entre os elementos fáticos apresentados) e até o significado (justo) da norma. Esse *eleger* é inerente ao ‘sentire’ por parte do jogador e se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso.”

<sup>246</sup> DUCLERC, E. **Curso ... Op. cit.**, p. 301: “O princípio do *livre convencimento do juiz* decorre, de certa forma, da presunção de inocência, e deve ser entendido apenas como uma vedação às chamadas provas legais. Ou seja, a pena deve ser decorrência do fato delituoso provado, e não de um fato probatório. Isso equivale a dizer que, no processo criminal, nenhuma prova deve ser considerada aprioristicamente como suficiente para a condenação.

Também o princípio do livre convencimento informa que os meios de prova são relativos, não servindo uma prova, isolada, servir como sustentáculo a uma condenação: “Para ilustrar a relatividade dos meios de prova não é necessário recorrer ao exemplo extremo de que existem escritórios de advocacia que mantêm ‘viveiros’ de testemunhas profissionais. Basta lembrarmos das falhas de percepção e memória das testemunhas, das distorções involuntárias pelas quais as testemunhas ‘mentem’ por motivo de coleguismo, simpatia, antipatia, sentimento de classe, etc., da confusão entre o que realmente viram e o que ouviram de outras pessoas ou leram nos jornais, de, enfim, todos aqueles prejuízos que afetam esse gênero de prova e que são tão conhecidos dos juristas práticos.

É também, oportuno lembrar as probabilidades de engano no ato de reconhecimento de pessoas ou coisas, a facilidade com que hoje se obtêm documentos falsificados, a relatividade do ato de acareação entre pessoas que se contradizem, onde, via de regra, os infratores calejados costumam retificar suas declarações com uma dignidade e convicção invejáveis, enquanto as pessoas não habituadas ao ambiente forense mostram-se nervosas, inseguras e embaraçadas, como se estivessem mentindo. (...)

Por tudo isto, a prova judicial vai aparecer como altamente problemática. Entretanto, tais fatos não podem ser assumidos como regra geral, sob pena da inviabilidade da jurisdição. É absolutamente necessário crer na idoneidade e eficácia dos meios de prova. Aliás, não só os sistemas processuais, mas toda a estrutura da sociedade está baseada na fé mútua. É preciso acreditar na eficácia dos peritos, na honestidade dos produtores de prova, na veracidade das testemunhas, na autenticidade dos documentos etc. Contudo, essa fé mútua não pode ser cega: há que se confiar, desconfiando.” (BRUM, N. B. **Requisitos ... Op. cit.**, p. 75-76).

presunções legais e extralegais, pelos precedentes judiciais e por um considerável elenco de falácias acreditadas na comunidade jurídica. Com o uso adequado desse instrumental tópico-retórico, o juiz exaltará o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e desqualificará as provas (ou interpretação das provas) que respaldarem as versões que deseja refutar.”<sup>247</sup>

Este princípio deve assumir novas feições, dentro de um processo democrático, acusatório, e informado pelo paradigma da filosofia da linguagem. Este novo norte é trazido por Alexandre Morais da Rosa, que entende dever ser o juiz um “juiz-bricoler”, guiando-se “pelo recolhimento de todos os significantes produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no ato decisório, momento em que há interseção com sua singularidade e os respectivos condicionantes (inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos, dentre outros)”<sup>248</sup>:

“O ‘palco processo’, suas etapas, seu turno, são os limites dos significantes probatórios no espaço processual e a totalidade deles deve estar inventariada e apta, isto é, válida, a ser empregada no ato de *bricolagem*. Rejeita-se a hipótese em que uma prova ou um mosaico de provas sejam suficientes à condenação, dado necessário que todo o processo aconteça para que, somente então, ao final, possa ocorrer uma decisão. Esta suspensão de sentido, conquanto seja dificultosa de se realizar, mormente pelo condicionamento muitas vezes existente, é um dos caminhos possíveis.

(...) no ato decisório, é o *um-magistrado* que(m) monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes, o que se chama de ‘verdade processual’, lançando mão das provas, dos *significantes* produzidos validamente, manejando a técnica de ‘bricolage jurídica’, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total.

A ‘verdade processual’ acontece, então, do imbricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o inconsciente do *um-juiz* – que fala pela ‘boca’ dele significantes deslizados na cadeia por metonímia – nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se com o coágulo de sentido possível no tempo e no espaço. (...) com os significantes produzidos desde a denúncia/queixa e apurados no decorrer da instrução e alegações, compete ao

---

<sup>247</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 76-77.

<sup>248</sup> ROSA, A. M. **Decisão ... Op. cit.**, p. 365.

*um-magistrado* proferir motivadamente a decisão, explicitando, antes, a teoria e o método – sem um grande método – em que se fundamenta. Realiza, enfim, uma opção entre hipóteses possíveis, com a responsabilidade ética daí advinda.

(...) o *juiz-bricoler* navega na linguagem e aceita que haja jogo com os significantes, desprovido de uma hipótese a ser preenchida, abandona, assim, a função de 'juiz-engenheiro-inquisidor' enclausurado em seu projeto. (...) existe um juiz responsável pela produção dos significantes. (...) O julgamento, todavia, fica a cargo de um segundo momento, no qual há ordenação desses significantes (...).

Permutando significantes e julgando com aquilo que se apresenta, o *um-juiz* pode articular decisões mais democráticas porque demonstra, sem chicanas, blá-blá-blá, sua visão de mundo, que certamente influencia no ato decisório mesmo quando se acredita ilusoriamente 'neutro'. Um significante desliza em relação a outro e assim se constrói um decisão, podendo, nessa trama, colocar em evidência determinadas partes, relegando outras, mas fundamentando sua decisão, ao contrário do que se verifica no Brasil contemporâneo.”<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> ROSA, A. M. *Decisão ... Op. cit.*, p. 365-369.

#### 4. CONCLUSÃO:

1) O processo penal não se afigura como meio para o atingimento de qualquer verdade. Ao magistrado que labuta na área criminal cabe, quando muito, sentenciar embasado em um juízo de certeza.

2) A prova, vista sob a ótica do paradigma da linguagem, constitui-se como um (entre os infinitos) limites na busca utópica (e de há muito desvelada) da verdade processual penal (seja esta verdade adjetivada como real ou formal).

3) Por Wittgenstein, demonstra-se que a prova, enquanto enunciado essencialmente lingüístico, constitui limite intransponível a uma fidedigna reconstituição dos fatos pretéritos analisados em juízo. Por se tratar de linguagem, a prova é mera representação lingüística destes fatos, ou seja, não é a coisa [fatos] em si, mas o que se diz sobre ela.

4) Utilizando-se a hermenêutica gadameriana como uma (e não “a”) forma de afirmação do princípio dispositivo, que diz com o sistema acusatório, conclui-se que: i – a condição pré-conceitual do juiz influi sempre no momento da apreciação da prova e, conseqüentemente, no momento de sentenciar (ruindo assim qualquer pretensão de neutralidade na figura do magistrado); ii – um sistema processual penal afinado com o princípio dispositivo não permite a gerência e a ingerência do juiz na atividade probatória das partes; iii – por ter sua imparcialidade afetada, o juiz que instrui o processo não pode nele proferir a sentença (tendo-se em vista os pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar) e; iv – o juiz criminal, ao apreciar o conjunto probatório, deve sempre agir pautado pelo princípio *in dubio pro reo*, bem como pela presunção de inocência do imputado.

5) Por Habermas, entende-se que no seio do processo penal, a atividade probatória das partes constitui um agir comunicativo e, enquanto tal, as provas afirmam seu valor persuasivo. Desta forma, o acerto do caso penal é realizado de maneira argumentativa, dialógica, com a participação paritária de réu e acusação no processo, sem espaços para discricionariedade do juiz em qualquer momento do procedimento em contraditório.



6) Em Dussel há a propositura de um passo além (ou quem sabe anterior) em relação ao pensamento habermasiano para os países de capitalismo tardio, no qual se encontram os argumentos necessários para afirmar, por meio de um processo penal de índole acusatória e garantista, a vida humana concreta (a vida concreta do imputado), nos momentos de produção, reprodução e desenvolvimento. A afirmação da vida concreta do imputado no seio do processo penal dar-se-á pela gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes; caso contrário ela será, via de regra, negada, na esteira de sentenças condenatórias.

7) Sem prejuízo do sem número de limites intrínsecos encontrado na prova, e que impedem a obtenção de qualquer verdade por meio do processo, existem ainda limites outros, ditos extrínsecos, como por exemplo, os limites advindos de direitos e garantias constitucionais e os limites do julgador ao apreciar o conjunto probatório. Tais limites somente devem ser levados em consideração se afinados com o princípio dispositivo, que diz com o processo penal acusatório.

8) O magistrado, enquanto detentor do poder jurisdicional, tem o dever de atuar como garante do cidadão, respeitando as subjetividades no processo e tornando-o um efetivo procedimento em contraditório. No que tange à apreciação do conjunto probatório e à posterior sentença, deve atuar como um *juiz bricoler*.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. Brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. **Da hermenêutica de gadamer à exegese dos textos jurídico-normativos**. In: Direito em Revista. Francisco Beltrão: Gráfica e Editora Clones LTDA, v. 1, n. 5 (novembro – 2003), p. 193-204, 2003.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed., v. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. **Verdade, dúvida e certeza**. Traduzido por Eduardo Cambi. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, n. 9, julho-setembro 1998, páginas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Verità, dubbio, certezza**. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, v. XX (II Serie), p. 4-9, 1965.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material (teoria da prova)**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Livro II: A relação processual ordinária de cognição. Tradução do original italiano – 2. ed. “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Editora Juruá LTDA, 1989.

\_\_\_\_\_. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. In: Revista de processo. [s.l.] Revista dos Tribunais, n. 70, a. 18, abril – junho 1993, p. 43-58, 1993.

\_\_\_\_\_. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, v. 14, p. 77-94, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** In: Revista da Faculdade de direito da UFPR. Curitiba: [s. n.], a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

\_\_\_\_\_. **O papel do juiz no processo penal.** In: COUTNHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-55.

DENTZ, Giuliana Araújo Attademo. **A persuasão racional do juiz e a prova cautelar no processo penal democrático: um estudo a partir do projeto de lei nº 4205/2001.** Belo Horizonte, 2007, 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Faculdade Mineira de Direito.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** v. 1. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974.

DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial (uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova).** Curitiba, 1999, 452 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal.** v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica.** Bilbao: Editorial Desclée de Brower, S. A., 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas.** 3. ed. São Paulo: Ática, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **A argumentação probatória e sua expressão na sentença.** Tradução de Lédio Rosa de Andrade. In: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33-60.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LEVENE, Ricardo. **Manual de derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista).** 3. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. **A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: SER/UFPR, n. 1, p. 29-42, 2004.

\_\_\_\_\_. **Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade.** In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Crítica da modernidade: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 145-155.

\_\_\_\_\_. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960.

\_\_\_\_\_. **La logica delle prove in materie criminale.** v. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1895.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale.** Decima edizione aggiornata. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Uma crítica a três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 36, p. 323-336, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal.** Tradução de Alberto Antonio Soares. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1909.

PRADO, Geraldo. *Apresentação.* In: DUCLERC, Elmir. Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xi-xv.

\_\_\_\_\_. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **Abuso de direito processual: uma teoria pragmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico**. In: LUCAS; Douglas César (Org.); SPAREMBERGER; Raquel Fabiana Lopes (Org.). *Olhares Hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 327-398.



TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 23. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tractatus lógico-philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Nacional, 1968.